CAPÍTULO V

El ordenamiento jurídico y su capacidad de respuesta

”Como un gran abogado, esa perversa

hace blanco lo negro y viceversa”.

Ramón de CAMPOAMOR,

Humoradas, cantares y fábulas, LXXVI, Humoradas, segunda parte (1900).

i. Sobre el problema de la existencia de las lagunas de derecho y la manera de colmarlas

Si entendemos por ordenamiento normativo el conjunto de normas jurídicas (sean estas legislativas, jurisprudenciales o consuetudinarias) con el que cuenta un Estado para solucionar los conflictos de *sus* integrantes, surge la interrogante de si el mismo es autosuficiente para absolver la totalidad de *sus* requerimientos. En efecto, la vertiginosa evolución de las sociedades supera los *ritmos* (de los que diseñan los modelos jurídicos) apropiados para afrontar los nuevos problemas que se presentan. En atención a ello, existen divergencias respecto de la plenitud hermética del ordenamiento jurídico. Unos sostienen que el derecho es *omnicomprensivo,* mientras que otros afirman que se presentan lagunas. Siguiendo a un sector de la doctrina argentina[1], las corrientes que pretenden definir este fenómeno son las siguientes:

1 Rodolfo Luis VIGO, siguiendo a Eduardo GARCIA MIYNEZ, *Integración de la Ley. Articulo 16 del Código Civil* Astrea, Buenos Aires, 1978, 19 y s.s.

1.1. Positivismo Ingenuo o dogmático

Para el creador de la escuela histórica del derecho, el derecho positivo es un" todo jurídico"' que "vive en el común conocimiento del pueblo"' y, dentro de este orden de ideas, mediante la analogía, "hemos de llenar cualquier laguna que advirtamos".

Definiendo esta posición, se afirma que "la ausencia de la norma jurídica frente a un caso determinado y el medio idóneo para que indefectiblemente se cubra ese vacío regulativo lo constituye la analogía, o sea, la aplicación de normas ya existentes en el derecho positivo que guardan vinculación con el hecho en cuestión'. Se califica esta posición como "ingenua", por cuanto se pretende reducir el problema de la administración de justicia a la aplicación de la analogía, ignorando la complejidad del mismo.

El pretender justificar, como lo hace el positivismo jurídico, que el derecho se agota en las leyes, es insostenible por los siguientes motivos6:

a) No todos los vocablos contenidos en las leyes son ni pueden ser definidos en las mismas leyes.
b) Las formulaciones de las leyes, al disciplinar relaciones sociales, si se refieren solo a aquellas concretas, no son suficientes para disciplinarias todas, puesto que siempre surgirán nuevas relaciones.
c) Las formulaciones de las leyes que disciplinan relaciones sociales, en su alcance inicial, o en el alcance que se le atribuye a través del recurso a técnicas de extensión y de integración, pueden estar en conflicto entre sí y ser incompatibles.

Rodolfo Luis VIGO, *op. cit.,* 19. Friedrich VON SAVIGNY, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho,* traducido por Adolfo POSADA, EDEVA1, Valparaiso, 1978, 18. En efecto, el autor sostiene que "el derecho progresa con el pueblo, se perfecciona con él y, por último, perece cuando el pueblo ha perdido su carácter" *(cit.).*

Friedrich VON SAVIGNY, *Los fundamentos de la ciencia jurídica,* en Friedrich VON SAVIGNY, Julios Hermann VON KIRCHMANN, Ernst ZITELMANN y Hermano ICAI9TOROWICZ, *La ciencia del derecho,* Editorial Losada, Buenos Aires, 1949, 148. Rodolfo Luis VIGO, *op. cit.,* 20. Los cuales han sido puestos en evidencia por Giovanni TARELLO, *L'interpretazione della legge,* GiufFré, Milano, 1980, 25 y *ss.*

d) Considerando el conjunto de todas las leyes como ”un discurso preceptivo continuo” 7, resulta claro que frente a cada caso concreto, para calificar un comportamiento o una determinada situación, no puede operar globalmente todo *este* ”discurso preceptivo”. Será necesario tomar del mismo una parte, constituida por un enunciado o por varios enunciados vinculados entre sí, que conformen un supuesto, según el significado que le es atribuido al caso concreto a calificar según el derecho.

En atención a estas consideraciones, se afirma que la operación de fragmentación y recomposición del discurso legislativo es una ”operación a la cual corresponde un factor extra-legislativo (mejor, un conjunto de factores) de producción de derecho, consistente en las decisiones, en las ideologías, en las técnicas y en las praxis mediante las cuales el intérprete descompone y recompone la ley; las ideologías, técnicas y praxis del intérprete al respecto, en los países de Europa continental, tienen un nombre ”por razones históricas” que es el de ”sistemática” (del intérprete)”8.

En efecto, los intérpretes operan sobre la base de la adopción de partes del discurso legislativo y del denominado” sistema del derecho”, elaboradas preventiva e independientemente por las operaciones interpretativas individualmente consideradas. Por ello, se llega a la conclusión de que” la sistemática de los intérpretes es, por ello, una ulterior fuente extra-legislativa del derecho”9.

1.2. Jusnaturalismo irracional o anárquico

Esta posición surge *en* la denominada” escuela del derecho libre”, que sostiene la existencia de lagunas (llegándose a afirmar que ”hay tantas lagunas como palabras’) y niega enfáticamente que el derecho positivo sea autosuficiente para resolver los conflictos jurídicos de la sociedad, de manera que el *derecho libre* (entendido como ”una resurrección del derecho natural

7 Giovanni TARELLO, *op. cit.,* 31. 8 Giovanni TARIILLO, *op. cit.,* 32. 9 Giovanni TARELLO, *op. cit.* Hermann KANTOROWICZ, *La lucha por la ciencia del derecho,* en *La Ciencia del Derecho* inducido por Wemer GOLDSCHMIDT, Losada, Buenos Aires, 1949, 337.

Juan Espinoza Espfrana / *Introducción al Derecho privado* en forma modificada") es el único camino para solucionar este problema. En efecto, esta corriente parte de la consideración de la" hipótesis del legislador impotente'', en la cual se presenta al derecho legislativo como "indeterminado y tal de dejar margen para una 'búsqueda del derecho' libre".

Para esta corriente, se entiende como derecho a" un cuerpo externo de normas que ordenan el comportamiento externo y que son consideradas como justiciables"'3. Esta escuela sostiene que es de acuerdo al" derecho libre" que debe pronunciarse la jurisprudencia, por cuanto la meta está en llenar las lagunas y lograr la justicia". Se afirma que "el derecho natural es un derecho que pretende regir independientemente del poder estatal. Denominamos todo derecho de esta índole 'derecho libre' y caracterizamos, por ende, el derecho natural, enseguida y provisionalmente, como una clase especial de derecho libre"15.

Con esta posición, se pretende que el operador jurídico administre justicia aun en contra del derecho formalmente válido. Así: "sí la ciencia del derecho reconoce el derecho libre, la jurisprudencia no puede ya fundarse exclusivamente sobre el derecho estatal. Si la ciencia jurídica posee fuerza creadora, la jurisprudencia no será por más tiempo mera servidora de la ley. Si la ciencia *en* cada momento tiene en cuenta lagunas, la práctica no podrá resolver jurídicamente cualquier supuesto. Si la teoría puede admitir valores sentimentales, no se puede ya exigir, por el otro lado, fallos enteramente fundados en razones. Si la teoría reconoce el factor individual, la jurisprudencia ya no puede ser científica. Si en la ciencia domina la voluntad, la jurisprudencia no podrá desoír los afectos. En resumidas cuentas: los ideales de la legalidad, de la pasividad, de la fundación racional, del carácter científico, de

11 Giovanni TARELLO, *op. cit.,* 191. 12 Giovanni TARELLO, *op. cit.,* 174. 13 Hermann KANTOROWICZ, La *definición del derecho,* traducción del Inglés por J. M. DE LA

VEGA, *Revista de Occidente,* Madrid, 1964, 57.

14 Se afirma que" el derecho libre constituye el *suelo* del que el derecho estatal dimana: casi todos

los pensamientos legislativos han existido con anterioridad como principios del derecho libre. Toda *crítica del* derecho *estatal,* de *la* cual emana su progreso, desprenderá con necesidad lógica su módulo del derecho libre. Finalmente, hay que *completarla* ley por medio del derecho libre; con él hay que colmar sus laguna? (Hermann

KANTOROWICZ, *La lucha por la ciencia del derecho, efe,* 336).

15 Hermann KANTOROWICZ, *op. cit.,* 332-333, El autor también sostiene que ’nuestro derecho libre es, por tanto, derecho natural del siglo XX” *(cit.* 334).

 la seguridad jurídica y de la objetividad parecen incompatibles con el nuevo movimiento"16.

Se sostiene, con razón, que "la escuela de la libre investigación del derecho promovía la desvinculación del operador de la ley, sugiriendo que esta última es siempre insuficiente y debe ser integrada por una libre investigación del derecho por parte del operador"17.

1.3. Empirismo

Para los empíricos, no existen lagunas de derecho, por cuanto se basan en la norma jurídica de la libertad (que establece que "todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido"), considerándola como una norma más del ordenamiento jurídico, que puede estar prevista implícita o explícitamente y conjuntamente con el resto de las normas. En nuestro ordenamiento jurídico la regla de la libertad se encuentra regulada en el art.2.24.a de la Constitución. En atención a ello, el operador jurídico solo tendría que constatar que el supuesto de hecho concreto no se encuentre regulado normativamente y, de ser así, se debe inferir que el mismo está amparado por el ordenamiento jurídico.

En efecto, se sostiene que "para que existan efectos jurídicos, hace falta una regla jurídica que los establezca; para impedir tales efectos no hace falta regla alguná'18. Esta posición es falaz, debido a que "la norma de libertad constituye para el juez una mera aproximación a la regulación y para un

16 Hermano KANTOROWICZ, *op. cit.,* 361-362, El autor afirma que 'el lema debe ser: especialista

de los hechos, no mago de las disposiciones jurídicas *(cit.* 368). 17 Giovanni TARELLO, *°p. cit.,* 181. 18 Ernst ZITELMANN, ***Las*** *lagunas del Derecho,* en La *Ciencia del Derecho,* Editorial Losada, Bue-

nos Aires, 1949, 303. El autor afirma que 'aunque no se diga, pues, que existe en el sentido propio de la palabra un precepto jurídico concreto en el que se establezca, por ejemplo, que 'son lícitas todas las acciones mientras no se haya dispuesto lo contrario', sin embargo, ello está implícito en el orden jurídico y, con arreglo a esta explicación, no hay que temer una mala Interpretación si afirmamos que, en el fondo de todas las reglas de derechos especiales que sancionan un acto con la pena o con un deber de indemnización o con cualquier otra consecuencia jurídica, encontramos siempre la regla general negativa que por si misma se sobreentiende, sin necesidad de expresarla, y según la cual, con excepción de los casos especiales aludidos, todas los

actos están libres de castigo e indemnización, viniendo por ello la regla positiva que ordena el uno o establece la otra a ser, en este sentido, una excepción de la regla general fundamental negativa a que se acaba de aludir” (tiz).

campo restringido; lo decisivo son los principios generales del derecho"'9, ya que "la ilicitud del derecho no siempre y en todas las ramas es expresa".

1.4 . LogicIsmo

Para esta corriente, defendida **por la teoría pura del derecho,** la interpretación "es una operación del espíritu que acompaña al proceso de creación del derecho al pasar de la norma superior a una norma inferior"21. En esta teoría, se percibe un escepticismo frente a la existencia de las lagunas de derecho. En efecto, se niega la existencia de lagunas lógicas, que son definidas como la situación de "imposibilidad de aplicar el derecho vigente en un caso concreto porque ninguna norma jurídica indica la conducta debida"; de las lagunas técnicas, vale decir, la situación que se da "cuando el legislador ha omitido dictar una norma indispensable para la aplicación técnica de la ley"23; y de las lagunas admitidas por el legislador, frente a las cuales sostiene que "el legislador orientado por una teoría errónea' las podría admitir. Las ("inexistentes") lagunas son entendidas como una "ficción', que se presenta cuando el legislador no tiene "otro recurso que el de autorizar al juez a realizar actos de legislador cuando la aplicación de la ley, tal como ella sería lógicamente posible, le pareciera poco satisfactoria por razones de orden político o morar". En suma, para la teoría pura del derecho, el fallo de un tribunal es "un nuevo acto creador de derecho", por cuanto "no hay diferencia esencial entre la preparación de una sentencia judicial o un acto administrativo conforme a la ley y la elaboración de una ley conforme a la Constitución"27.

19 20 21

22 23 24 25 26

27

Rodolfo Luis VIGO, op. cit., 51. Rodolfo Luis VIGO, *op. cit.* Hans KELSEN, *Teoría pura del derecho,* traducido por *Moisés* NILVE, EUDEBA, Buenos Aires, 7982, 163. Hans KELSEN, *op. cit.,* 172. Hans }CESEN, *op. ctt,* 174. Hans KELSEN, *op. cit.,* 176. Hans KELSEN, *op. cit.,177.* Hans KELSEN, *op. cit, el* autor afirma que "es evidente que el legislador se encuentra incapacitado para determinar previamente los casos en que el Juez deberá sustituirlo, ya que, si pudiera preverlos, crearía él mismo las normas que le parecieran apropiadas' *(cit. 176).*

Hans KELSEN, *op. cit.,* 169, el autor asevera que ”entre estos *dos* casos, sin embargo, existe una diferencia de orden cuantitativo, ya que, desde el punto *de* vista material, la libertad del legisla-

Para la teoría egológica, en la cual ”el derecho es vida humana viviente y la ciencia dogmática, en consecuencia, es una ciencia de experiencia’’, el ordenamiento jurídico es considerado como ”un todo pleno y hermético’”. En efecto, al ser entendida la interpretación de la ley como ”un acto gnoseológico *de* comprensión”», la sentencia judicial es considerada como una «representación conceptual de un trozo de la experiencia jurídica: ella menciona en concreto una conducta en su deber se?”. En este contexto, el juez ocupa una posición protagónica; así ”el Juez, al resolver un caso, siempre lo resuelve con la totalidad del ordenamiento y no con una sola de las partes’: el juez, ”con su inmenso poder creado?” (a través de su labor interpretativa), es parte de *ese todo hermético* que es el ordenamiento jurídicoTM. Por ello, se sostiene enfáticamente que ”no hay lagunas en el Derecho porque hay jueces”35.

1.5. Eclécticos

Esta posición sostiene que siempre habrá capacidad de respuesta por parte del ordenamiento jurídico a nivel lógico-formal. Sin embargo, se podrían presentar lagunas en el ámbito valorativo. En efecto, para este sector de la doctrina, una laguna de ley es tan imposible como una laguna en el

dores mis amplia que la del juez, pero este también está llamado a crear normas jurídicas y goza de data libertad en su actividad, puesto que la creación de una norma individual es un acto de voluntad en la medida en que se trata de llenar el marco establecido por la norma general”(*cit.).*

28 Carlos COSSIO. La *teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad* Losada, Buenos

Aires, 1944, 85. 29 Carlos COSSIO, *op.* cit. 87. 30 Carlos COSSIO, *op.* 90. 31 Carlos COSSIO, *op.* 85. 32 Carlos COSSIO, *op.* cit. 89, se afirma, con razón, que esta posición por artificiosa la dis-

tinción de lagunas de derecho ylagunas de la ley, porque el orden jurídico es un todo y el todo no se constituye por la suma de las partes, *sino* que es previo a ellas y, en consecuencia, resultaría contradictorio suponer una cosa fuera del todo, porque en esta hipótesis el todo dejaría de serio’ (Rodolfo Luis VIGO, *op.* 28). 33 Carlos COSSIO, *op. cit.,* 86. 34 Por ello, se sostiene que ”si las sentencias integran la creación normativa en que consiste el orde-

namiento jurídico, *es* claro que el juez, en tanto creador de la sentencia, *está dentro, y* no fuera, del ordenamiento; y *está en* la estructura del mismo como parte de esa estructura, no como un contenido contingente estructurado por ella" (Carlos COSSIO, *op. cit..* 47). 35 Carlos COSSIO, ***La*** *plenitud del ordenamiento jurídico,* Losada, Buenos Aires, 1947,58.

ordenamiento jurídico cuando se expresa que ”un conflicto de valoraciones entre el legislador y el juez lleva a este a señalar la presencia de lagunas, que el mismo legislador admite como posibles, no obstante lo cual, hace prevalecer su valoración, que significa una restricción o excepción al principio lógico de que el juez debe encontrar la solución para todo, en primer lugar, en la ley, pero también fuera de la ley cuando esta no basta”36. Y se agrega que ”el juez que absuelve a un procesado, por falta de ley penal que castigue el hecho, ya ha *juzgado y* ha encontrado una solución para el caso; pero la solución ’debía’ ser otra y, por eso, se dice que hay una laguna desde el punto de vista valorativo”37.

Otro sector de la doctrina, que también se alinea en esta posición, parte de la premisa de que existe un principio de ”plenitud hermética del orden jurídico positivo formalmente válido””, por el cual ”para cualquier problema jurídico debe darse una decisión, la cual teóricamente podrá no ser infalible, pero que prácticamente tiene que ser *definitiva y ejecutiva.* Así lo exige el sentido radical del Derecho, que consiste en crear una situación práctica de certeza y de seguridad en la vida social’’’. Frente a los supuestos de vacíos legislativos, el operador jurídico deberá recurrir a otras normas jurídicas, a los principios generales formulados en el ordenamiento positivo y posteriormente a la analogía” y, si llegan a aplicarse (y colmar el vacío), no se trataría de una auténtica laguna sino de ”aparente deficiencid’”. Sin embargo, se configura el supuesto de las ”auténticas lagunas”, en el caso en ”el cual no se ha podido obtener solución no solo en la ley ni en la costumbre, sino tampoco en la generalización, ni en la analogía, ni en los criterios cardinales del ordenamiento positivo, ni en las condiciones sociales que también lo integran. Y, entonces, *en* última instancia subsidiaria, el juez debe inspirarse en un juicio de valor, en una estimación jurídica ideal, con las limitaciones de no contradecir los criterios cardinales que rigen el ordenamiento positivo’.

36 Luis LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofía del Derecho, 5.* edición, Bosch, Barcelona, 1979, 531. 37 Luis LEGAZ Y LACAMBRA, *op. cit.* 38 Luis RECASENS SICHES, *Introducción al estudio del Derecho,* 6• edición, Pornla, Mexico D.F.,

1981, 205.

39 Luis RECASENS SIGILES, *op. cit.,* 206. 40 Luis RECASENS SICHES, *op. cit.* 41 Luis RECASENS SICHES, *op. cit.,* 207. 42 Luis

RECASENS SICHES, op. *cit.*

Mili

, ,

,

Dentro de esta perspectiva, el problema de las lagunas de derecho (valorativas) se reduciría al diseño de los modelos pertenecientes a una determinada política legislativa, elaborada con la carga ideológica de los operadores jurídicos.

A modo de conclusión, respecto de este punto, comparto plenamente la opinión de quien sostiene que la existencia o no existencia de las lagunas de derecho depende sustancialmente de si uno se pone ”desde un punto de vista estático-formal o desde un punto de vista dinámico-sustancial”43. En efecto, si nos detenemos a observar las insuficiencias del derecho formalmente válido, sería imposible no advertir la presencia de lagunas; pero si somos conscientes de que el juez debe administrar (de todas maneras) justicia, estas se colman y ya no existen más (se entiende, en el caso concreto). Sin embargo, no dejan de tener razón los eclécticos cuando sostienen que, aunque el círculo se cierre a nivel lógico-formal, no se puede negar el hecho de que, desde un punto de vista valorativo, subsisten lagunas. Por ejemplo, la pretensión sucesoria del conviviente supérstite del mismo sexo, que será negada desde el punto de vista del derecho formalmente válido; pero que encierra una opción ”valorativa” del legislador de no darle al concubinato del mismo sexo los mismos efectos de la unión de hecho *ex art. 326* C.C.

2. Distinción entre lagunas normativas y lagunas de aplicación

normativa

Dentro de una corriente analítica argentina se sostiene que ”mientras el problema de las lagunas normativas es de índole conceptual (lógico), tanto las lagunas de conocimiento como las de reconocimiento aparecen en el ámbito de aplicación de las normas a los casos individuales y tienen su origen en problemas empíricos o empírico-conceptuales (semánticos)””. Así, se puede realizar la siguiente clasificación:

a) Lagunas de conocimiento. Se traducen en una falta de certeza

de los hechos para poder configurar una situación o relación ju-

43

44

Luigi GAIANI, voz *Analogia, hJ Teoria Generale, en Enciclopedia del*

Diritto, tomo Giuffré, Milano, 1938, 351. Carlos ALCHOURRÓN y Eugenio BULYGIN, *Lagunas del derecho y análisis de los casos,* Talleres Gráficos Busclil, Buenos Aires, 1371, 34.

I

*

251

MEM

•••••

b)

rídicamente determinada, vale decir, son ”los casos individuales en los cuales, por falta de conocimiento de las propiedades del **hecho,** no se sabe si pertenecen o no a una clase de casos (caso genérico) determinada”45. En este supuesto, el operador jurídico, para suplir esta laguna, utiliza un mecanismo denominado *presunción,* que significa admitir como válido un hecho del cual no se tiene certeza. Las presunciones pueden admitir prueba en contrario *(turis tantum)* o no admitirla *(turis et de ture)’6.* Lagunas de reconocimiento. Surgen de los denominados ”problemas de penumbra’. Son ”casos individuales, en los cuales, por falta de determinación semántica de los conceptos que caracterizan a un caso genérico, no se sabe si el caso individual pertenece o no al caso genérico en función”48. Se trata de problemas de semántica o ambigüedad de los conceptos generales y lo que puede

45 Carlos ALCHOURRON y Eugenio BULYGIN, *op. cit.* 46 Un ejemplo lo podernos encontrar en el caso del dependiente del local abierto al público (art

165 cc.): se presume que este tiene ”poder de representación de *su* principal para los actos que ordinariamente se realizan en ellos”. La presunción de representación del dependiente en los locales abiertos al público tiene el carácter iuris *a de jure, vale* repetir, no admite prueba en contrario. No interpretar ello generaría inseguridad en las relaciones jurídicas. Así, cuando se afirma que ”se trata, como puede apreciarse, de una presunción *lega* para conferir seguridad al público que acude a establecimientos comerciales que pueden ser grandes almacenes como pequeños establecimientos, la taquilla de un teatro o la ventanilla de una empresa bancaria, pues el establecimiento abierto al público puede tener por principal a una persona natural o a una persona jurídica. Por la finalidad perseguida por la norma, y de su propio tenor, se infiere que la presunción es *furis et de* (Fernando VIDAL RAMÍREZ, El *acto jurídico,* 4” edición, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, 191). Por otro lado, se sostiene que, frente a la tesis que entenderla la presunción del art. 165 cc como una *tantum,* vale decir, que admite prueba en contrario, ”puede argüirse que la presunción es *juris de jure,* pues es carga del principal hacer conocer adecuadamente

a los terceros las limitaciones de *sus* subordinados. Según este principio, acreditado que sea que el acto no es inusual en el establecimiento, la presunción opera de modo inmediato atribuyendo representación al dependiente para tales actos. Además, admitir la presunción *furis tantum* seria franquear la impugnación de cuantos actos no sean realizados de modo directo por el titular, lo que repugna a la necesidad de dotar de seguridad Jurídica a las oPericiones realizadas en los establecimientos que el articulo señala" (Guillermo LOHMANN LUCA DE TENA, *El negocio jurídico,* edición actualizada Grijley, Lima, 1957, 200. Sin embargo, si bien *esta* presunción es *furis et de jure frente* al tercero, es intik tantum en la relación interna entre representante y representado.

47 Expresión usada por Herbert Lionel Adolphus HART, citado por Carlos ALCHOURRON y Eu-

genio BULYGIN, *op. cit.,* 34.

48 Carlos AICHOURRÓN y Eugenio BULYGIN, *op. cit.*

solucionar esta situación es una adopción adecuada de términos técnicos".

3. La pretendida dicotomía entre interpretación e integración del

derecho

Se suele decir que la analogía es un mecanismo distinto al de la interpretación jurídica, por cuanto es un mecanismo propio de la integración del derecho. En efecto, se sostiene que en la analogía se desarrolla dentro del campo de la «creación"; mientras que la interpretación, en el campo de la "declaración'''. Una distinción cuantitativa entre interpretación e integración, fundada "en la mayor o menor amplitud de la hipótesis normativa implícita en la norma a interpretarse o a extenderse" es insuficientes'. Sin embargo, "una distinción cualitativa entre interpretación e integración puede ser entendida fundamentalmente en dos sentidos: o en sentido lógico o en sentido jurídico, vale decir, o con referencia a la eventual diversidad de *estructura lógica* de los dos procedimientos o con referencia a la eventual diversidad de *naturaleza jurídica* de los resultados'. Ello se pone de particu-

49 Un ejemplo de este tipo de lagunas lo encontrarnos en el art. 226 cc., el cual prescribe que "La

incapacidad de una de las partes no puede ser invocada por la otra en su propio beneficio, salvo cuando es indivisible el objeto del derecho de la obligación romín' (el subrayado es mío).

¿A qué se refiere el legislador con la imcompensible expresión 'objeto del derecho de la obligación común? Como ha sido advertido por una atenta doctrina, a este enunciado le falta la palabra V, que sí tenía su antecedente, d art. 1078 del c de 1936, el cual se inspiró, a su vez, en el art 83 del cc. brasileño de 1916 (Fernando VIDAL ESMERE, *op.* cit., 525). Nos encontramos frente a un supuesto en el cual hay dos partes y se trata de una relación jurídica patrimonial; pero una de ellas es plurisubjetiva y justo en esta hay un incapaz_ Partiendo de un argumento a contrario, la co-parte (capaz, se entiende) solo podrá alegar la incapacidad de su otra co-parte si es divisible la obligación común. No se precisa a qué tipo de capacidad se refiere, sin embargo, 'debe concluirse que alude a la Incapacidad relativa, porque la absoluta puede instarla siempre cualquiera de las partes' (Guillermo LOHMANN LUCA DE TENA, *op. cit,* 587). Siguiendo con el esfuerzo de descifrar tan mala redacción, a propósito de la expresión 'indivisible el objeto

del derecho o de la obligación común': la debemos entender en el sentido "si la obligación fuera común o el bien debldcilndivisible. Me persuade más la interpretación que'este término debe ser entendido como referido al objeto de la obligación común, configurada como la prestación debida común (Eric PALACIOS MARTINEZ, *Alegación de la incapacidad en beneficio propio,* Comentario al artículo 226 cc, en *Código Civil Comentado,* tomo 1, *Titula Preliminar, Derecho de las Personas, Acto Jurídico, Gaceta* Jurídica, Lima, 2003. 963).

50 Como releva Luigi CAIANI, *op. cit..* 350. 51 Luigi CMANL *op. cit.,* 353. 52 Luis' CMANI, *op. cit.*

lar manifiesto cuando se pretende distinguir la analogía de la interpretación extensiva. En efecto, la doctrina tradicional" ha señalado lo siguiente:

a) En la interpretación extensiva el caso está implícitamente incluido

en el texto legal; en la analogía, no. b) En la interpretación extensiva importa la particularidad de una

regla general; en la analogía hay dos casos no iguales pero si susceptibles de ser relacionados. c) En la interpretación extensiva se complementa la norma existente;

la analogía cubre deficiencias del derecho positivo.

Doctrina iusfilosófica nacional afirma que no hay límite fijo que permita distinguir, a escala práctica, la analogía de la Interpretación extensiva. Ello depende del grado de pertenencia del supuesto de hecho al dispositivo legal que, según el caso, se aplicará o integrará. Por ello, se sostiene que "el argumento a *simili* funciona, en sede interpretativa, como vehículo de interpretación 'extensiva' (al mismo nivel que el argumento *a fortiori),* mientras, en cuanto regla de producción normativa, es distinta de una 'extensión''s^.

En efecto, mientras que la analogía es un tipo de interpretación-procedimiento, la interpretación extensiva es un tipo *de* interpretación-resultado: he ahí la verdadera diferencia. Viendo bien las *cosas,* no hay dicotomía entre interpretación e integración, ni entre analogía e interpretación extensiva. En realidad, se trata de "dos momentos de la aplicación del derecho [que] forman parte, estructural y funcionalmente, de un proceso fundamentalmente unitario'. Por ello: "el pasaje de la interpretación puramente de reconocimiento (o, si se quiere, declarativa) de la voluntad normativa al de la interpretación en función evolutiva e integrativa del ordenamiento es un pasaje gradual y cualitativamente homogéneo y no es posible encontrar en el plano estructural un criterio seguro de distinción entre los diversos momentos en los cuales la intervención del intérprete técnicamente se realiza. En particular, no es posible establecer el punto o momento en el cual cese la interpretación, por llamarla así, natural y fundamental e inicie la in-

53 José LEÓN BARANDIARÁN, *Tratado de Derecho Civil. Título Preliminar y Derecho de las Perso-*

nas. Concordado con el Código Civil de 1984, WG Editor, Lima, 1991, 83. 54 Gavera TAlIELLO, *op. cit.,* 351-352. 55 Luigi CMAN1, *op. cit.,* 354.

tegración: tanto menos hasta qué punto la intervención del intérprete pueda producirse espontáneamente y hasta qué punto se imponga, en cambio, una explícita o implícita autorización del legislador"56.

En buena cuenta, interpretación e integración son dos momentos de un único proceso hermenéutico que realizan los operadores jurídicos y su diferenciación solo se justifica por razones didácticas.

4. Precisiones conceptuales en torno a la analogía

El itinerario seguido a través de las distintas escuelas que han afrontado el problema de la plenitud hermética del ordenamiento jurídico ha permitido determinar que, frente al vacío o deficiencia legislativa, la analogía (si bien no es el único) es un medio eficaz para suplir estas insuficiencias. En esta parte de la investigación, se desarrollarán algunos alcances conceptuales de este valioso instrumento de integración normativo.

4.1. Etimología

Según doctrina española, la palabra analogía proviene de las raíces griegas *ana y logon* (según la razón) y afirman que los historiadores del arte han observado que el concepto griego significa proporción geométrica y que el principio de la analogía presidió el desarrollo de la arquitectura occidental"57. Se observa que "en la Edad Media, los gramáticos, los dialécticos y los teólogos atribuyeron a la palabra analogía el significado matemático de proporción, ya tenido en la filosofía griega, así como el más general y menos técnico de comparación"58. Es recién a partir del siglo XVIII en el cual los juristas europeos utilizaron la palabra analogía para indicar un procedimiento lógico de interpretación del derecho distinto de aquel fundado en la semejanza de los supuestos de hechos'. Anteriormente a ello, la *analogia iuris* representó el valor unitario y racional del ordenamiento jurídico

u

Fitil

56 Lulgi CAIANI, *op. cit.* 57 José PUIG BRUTAU, *Introducción al*

Derecho Civil, liosa, Barcelona, 1981, 338. 58 Vincenzo PIANO MORTARI, voz *Analogia a) Premessa storica,* en *Encidorlia del Diritto, tomo*

U, Giulfré, Milano, 1958, 344.

59 Vincenzo PIANO MORTARI, *op. cit.*

y encontró su aplicación más profunda en las obras de los iusnaturalistas, elaboradas para construir teóricamente el sistema del derecho natural'',

4.2.Definición

Se entiende por analogía: "aquel razonamiento o procedimiento l6glco que tiene determinados efectos jurídicos, mediante el cual quien interpreta y aplica el derecho puede superar las eventuales insuficiencias o deficiencias de previsión legislativa (denominadas lagunas de derecho o del ordenamiento jurídico) haciendo recurso a la disciplina jurídica prevista para un caso 'similar' [H. Ello en consecuencia de dos principios fundamentales propios de ordenamientos de tipo 'continental' o cerrado, por los cuales el juez debe decidir todo caso que sea sometido a su examen *(obligación de no denegar justicia), y* tal decisión debe asumirse aplicando una norma de ley *(obligación de fidelidad del juez a la ley)"61.*

Según acreditada doctrina española, la analogía consiste en "aplicar al hecho no regulado normativamente la norma establecida para el hecho análogo o similar"63. Tres serían las características del procedimiento analógico63.

Ninguna norma contempla de una manera directa el caso plantea-

do. ii. Hay una norma que contempla un supuesto distinto de tal caso. iii. Hay, sin embargo, semejanza o similitud (analogía) entre el su-

puesto de hecho de esa norma y el caso a decidir.

60 Vincemo PIANO MORTARI, *op. cit.,* 345. quien precisa que 'de su significado amplio de ins-

trumento útil para remediar las deficiencias del derecho positivo, la expresión *analogia iuris* asumió, poco a poco, el sentido que los juristas de nuestro tiempo atribuyeron al procedimiento interpretativo de la *analogía legis;* pero lo que se observa es que en el Setecientos fue expresada a través de una terminología nueva, que podremos definir moderna, la forma de un razonamiento lógico jurídico util indo desde hace siglos por los juristas occidentales. Sería errado, en efecto, confundir la historia de los significados asumidos en el curso de los siglos por la palabra analogía con la historia del concepto que el vocablo expresa comúnmente en la ciencia jurídica de nuestros chas" *(cit.).*

61 Luigi CA1ANI, *op. cit.,* 349.

62 Luis DIEZ PICAZO y Antonio GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil,* volumen L 4• edición, prime-

ra reimpresión, Ternos, Madrid, 1982, 212.

63 Luis DIEZ PICAZO y Antonio GULLÓN, *op. cit.*

,:::',1,:•',.:,i:.-;,',.,:::.,.:....

Capítula V El ordenamiento jurídico y su capacidad de respuesta

Se advierte que la analogía "responde al principio de que el derecho es un sistema de fines"64. Por ello, "si el sistema jurídico constituye un todo que obedece a determinadas finalidades fundamentales, es preciso presuponer que, habiendo identidad de razón jurídica en los casos análogos, haya también identidad de disposición o precepto jurídico"".

En doctrina66 se distingue:

a) Analogía *legis,* que procede de comparar lógicamente lo parti-

cular con lo particular. b) Analogía *iuris.* Se procede primero desde lo particular a una abs-

tracción (lo general) y luego se aplica lo general obtenido a lo particular.

Una atenta doctrina iusfilosófica brasileña sostiene que la primera es la analogía propiamente dicha; la segunda, a pesar de que muchos se han esforzado por demostrar lo contrario, es el procedimiento mediante el cual se suple una deficiencia legal con el recurso a los principios generales del derecho'''. En efecto, aun por parte de quienes consideran como analogía tanto a la *legis* como a la *iuris,* se sostiene que "como no es posible distinguir entre analogía *legis* y analogía *iuris,* con mayor razón no es posible distinguir entre esta última, como recurso a los principios en sentido estricto, y el recurso a los denominados principios generales del derecho como si se tratase de una especie de recurso de segundo grado"68.

64 Miguel REALE, *Introducción al Derecho,* traducido por Jaime BRUFAU PRATS, edición, Pirá-

mide, Madrid, 1984, 230. 209. 65 Miguel REALE, *op. cit.* 66 Luis DIEZ PICAZO y Antonio GULLÓN, op. *cit.,* 213. 67 Miguel REALE, *op. cit.,* 231. En este mismo sentido, Manuel AYASTA GONZÁLEZ, *Significado de*

la analogía en el ordenamiento jurídico; en *Revista Jurídica del* Perú, año rasa', No 1, Lima, enero-marzo, 1986, 47. El autor sostiene que 'esta división tiene escaso valor práctico y aun desde el punto de vista

doctrinal sus limites son inciertos': En sentido contrario, Fernando VIDAL RAMÍREZ, *El Derecho Civil en sus conceptos fundamentales,* 2' edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2000, 256. 68 Luigi t'Ata NI, *op. cit.,* 359. Femando VIDAL RAMÍREZ distingue los principios generales del

derecho de la analogía *iuris,* "pues esta se sirve de uno o más principios informantes de un conjunto normativo o de una institución jurídica, mas no de los principios que, por su generalidad, vienen a ser los informantes de todo el ordenamiento jurídico y hasta del sistema jurídico al que corresponde dicho ordenamiento» *(op. cit.).*

257

ti

4.3. Teorías respecto de si es procedente (o no) la aplicación de la analogía

en el Derecho

4.3.1. Ingenua o exclusivista

Se sostiene que ”toda la aplicación *de* la analogía se basa en el supuesto de la consecuencia interna del derecho; solo que esta no es siempre meramente una consecuencia lógica como la relación *entre* fundamento y conclusión, sino que es a la vez una consecuencia orgánica que resulta de la visión global de la naturaleza práctica de las relaciones jurídicas y de sus modelos”69. Se critica fuertemente esta posición, afirmando que se le da tal importancia a la analogía que se la considera como el instrumento exclusivo que asegura la plenitud del ordenamiento jurídico, colmando *sus* lagunas, haciendo que la analogía sea sinónimo de integración del derecho”.

4.3.2. Negativistas

Cierta doctrina ha sostenido que ”la interpretación como método lógico está afectada por las taras hereditarias de un estado mental anterior al nuestro””, afirmando que ”la analogía es la más genuina expresión del viejo concepto interpretativo; su interés supera al del gramatir2lismo yla labor de desenmascarada hasta dejar al descubierto su antediluviana armazón mental requiere mayor esfuerzo””. Se sostiene que el empleo de la analogía en el derecho llega a quebrantar el principio de contradicción, por cuanto ”un conflicto de intereses no está previsto por una norma, no obstante lo cual se la aplica para que prodn7ra un efecto que de ella no puede ser causa, lo cual contraría (además) el principio de causalidad’.

69 70 71

72

73

Friedridt von SAVIGNY, *op. cit.,* 149. Rodolfo Luis VIGO, *op. cit,* 178. Joaquín DUALDE, *Una Revolución en la Lógica del Derecho (Concepto de la interpretación en el Derecho privado),* Bosch. Barcelona, 1933. 396. Joaquín DUALDE, *op. cit.,* 75. El autor exageradamente sostiene que la analogía ”es un procedimiento prelógico. No pertenece a nuestra economía *mental;* solo encaja en los métodos discursivos salvajes y es,

por lo tanto, un elemento residual, cuya *fuerza* estriba en ser toda una onda histórica mantenida por la tradición y la herencia psicológica El jurisconsulto siente que el imperio de la analogía está fortalecido por el instinto, pero no repara en su filiación selvática" *(cit,* 76).

Joaquín DUALDE, *op. cit.* El autor opina que 'es curioso que, ante la laguna legal que levanta el problema, el alma prelógica opone su impermeabilidad y acaba por declarar que el vacío no

.

Capítula V El ordenamiento jurídico y su capacidad de respuesta

La analogía es un tipo de argumentación jurídica (”el más típico y el más importante”74) que posibilita al operador jurídico colmar las insuficiencias legislativas, permitiendo que este cumpla con su obligación de administración de justicia. Sin embargo, no es el único medio para lograrlo: como veremos más adelante, existen, al menos, otras catorce formas de argumentación que cumplen el mismo objetivo. Por otro lado, negar la posibilidad de utilización de la analogía implica sostener el (inexistente) paradigma del legislador autosuficiente, y eso resulta insostenible, por cuanto es imposible que este haya previsto todo tipo de situaciones en una sociedad que se encuentra en constante evolución y en la cual los requerimientos jurídicos de sus integrantes son de lo más variados.

4.4•Teorías respecto al fundamento *de la aplicación* de la analogía en el Derecho

Se observa, con razón, que ”con referencia al denominado ’fundamento’ de la analogía, en doctrina, se habla casi siempre sin la necesaria distinción y con la consiguiente confusión y superposición de perspectivas, de tres diversos problemas, que son: 1) el problema del fundamento ”jurídico”; 2) el problema del fundamento ’político’; 3) el problema del fundamento ’lógico’ de la analogía”75. Pasaré a explicar cada uno de los mismos:

4.4.1. Fundamento jurídico

La teoría egológica distingue la analogía lógica de la jurídica, sosteniendo que: ”la analogía jurídica no radica en la identidad de la razón y la afinidad de hecho de los términos correlacionados, ni del asenso de lo singular a su género para luego descender de este a otro singular; todo esto es analogía lógica. La analogía jurídica establece la *justicia* de un igual trato para dos casos esencialmente iguales; es decir, establece la justicia de la igualdad, lo

existe. A esas tesis contradictorias opongo estas das tautologías: a) cuando en la ley no existe un precepto, debe declararse que no existe; b) cuando en la ley no está prevista la solución de un problema, debe acudirse a otra fuente de derecho que lo resuelva y no a la ley donde no está resuelto” *(cit.).*

74 Como sostiene Norberto BOBBIO, *Teoría General del Derecho,* traducido por Jorge GUERRERO,

Temas, Santa Fe de Bogotá, 1992, 234.

75 Luigi CAIANI, *op. cit., 361.*

que, sin duda, es un juicio de valor sobre el proceder de la razón cuando la referencia normativa incide sobre este proceder. Y este juicio de valor es lo que da sentido jurídico a la analogía lógica involucrada en una norma. Se habla, pues, de analogía jurídica cada vez que está como fundamento este juicio de valor. Así, la analogía jurídica solo es una estimación de la analogía lógica o, acaso, del raciocinio en generar.

En esta dirección, se llega a la conclusión de que toda analogía jurídica es una analogía lógica; pero no viceversa.

4.4.2. Fundamento político

Por este fundamento, la aplicación de la analogía se centra en una serie diversa de justificaciones, que se dan ”con relación a las diversas perspectivas político-ideológicas que están implícitas, sea en los ordenamientos jurídicos que contemplan el recurso a la analogía, sea en la perspectiva de los intérpretes y teóricos del derecho que busquen en tal modo de justificarle’’’.

4.4.3. Fundamento lógico

Bajo esta perspectiva, se define a la analogía como ”un silogismo en el que la proposición menor expresa una relación de semejanza antes que de identidad””. La fórmula de este razonamiento se grafica de la siguiente ma-

,79.

vera’

M s s

es es es

similar a M P

Para esta posición, no existe más analogía que la lógica y esta es la que se aplica en el derecho. Así• ”lo mismo vale para el razonamiento por analogía usado por los juristas. Para que se pueda sacar la conclusión, o sea, atribuir al caso regulado similarmente, es necesario que entre los dos casos exista,

76 Carlos COSSIO, *op. cit.,* 221-222. 77 Lulgi CAIANI, *op. cit.* 78

Norberto BOBBIO, *op. cit.,* 234-235. 79 Norberto BOBBIO, *op. cit.,* p. 234.

IVAN

no una semejanza cualquiera, sino una *semejanza relevante,* es decir, es necesario sacar de los dos casos una cualidad común a ambos, que sea al mismo tiempo la razón suficiente por la cual al caso regulado se le ha atribuido aquella consecuencia y no otra"".

En posición crítica, se sostiene que la analogía no se puede basar en un principio lógico "desde el cual se pueden recabar deductivamente las consecuencias, sino que se trata de un criterio de valoración, fruto de una particular inclinación, si se puede decir, de la voluntad legislativa, que como tal sirve de fundamento a la norma"8'.

En mi opinión, la argumentación jurídica basada en la analogía (denominada también, argumento a *simili),* si bien tiene una estructura lógica, no deja de tener como fundamento un valor jurídico. Prueba de ello la tenemos en el artículo IV del T.P del c.c, que establece categóricamente que no se debe aplicar la analogía en el supuesto de "la ley que establece excepciones o restringe derechos". En efecto, si la analogía que aplicamos en el derecho fuera solamente lógica, incluso en estos supuestos, la aplicaríamos. Ello nos lleva inevitablemente a la conclusión de que hay supuestos en el derecho en los cuales *se debe* aplicar la analogía, así como supuestos en los cuales *no se debe* aplicar. En sentido estricto, el fundamento de la analogía en el derecho es jurídico. Sin embargo, no se debe perder de vista que, de acuerdo a determinada política del derecho, se va diseñando el alcance de su aplicación (o de su no aplicación).

4.5. Límites a la aplicación de la analogía

Con respecto a la limitación de la aplicación analógica, vale considerar, en el caso que la ley establece excepciones o restrinja derechos, una atenta doctrina española observa que, si bien "se ha dicho que la razón de ser de esta limitación radica en la seguridad jurídica yen el principio de legalidad", en su opinión, el verdadero fundamento "radicaría en llevar hasta *sus* últimos

80 Norberto BOBBIO, *op. cit.,* 235.

81 Luigi CALAN!, *op. clt., 364.* El autor agrega que "el razonamiento por analogía en el derecho

no es un razonamiento de 'certeza', sino un razonamiento, queriendo aceptar la terminología tradicional, de probabilidad, que sería mejor

decir un razonamiento históricamente condicionado, mejor aún, un razonamiento constituido, aparte de juicios lógicos y de hecho, también de juicios de valor” *(cit.).*

261

efectos el espíritu y finalidad de la propia ley o, si se quiere, del legislador’’’. En este tipo de normas, ”no se trata, como requiere la analogía, de que el legislador debiera haber regulado el supuesto no previsto en ellas, sino que su intención es precisamente que aquellos supuestos no previstos por la norma excepcional se regulen por la norma generar”.

Dentro de esta Enea de pensamiento, se afirma que: ”la verdad es que también la misma negación de la validez jurídica, o sea del valor vinculante de la prohibición de la analogía, no es más que uno de tantos argumentos de naturaleza sustancialmente política y no jurídica avanzado con el fin de afirmar una determinada solución del problema y, más precisamente, el principio dinámico de la renovación del derecho y de la justicia como equidad, incluso en aquellos campos donde, por particulares motivos y exigencias, el principio de la conservación y de la justicia como certeza son reclamados por la mayor parte de los ordenamientos””.

Con respecto al concepto de las normas excepcionales, se sostiene que es ”un concepto extremadamente vago y genérico y, sobre todo, un concepto relativo e históricamente condicionado, que depende de la misma relatividad del concepto de norma común o normal, respecto a la cual la norma excepcional constituye, justamente, la acepción”, vale decir, apartándose de la misma. Sin embargo, se define a este tipo de normas como aquellas ”caracterizadas por una condición intrínseca de limitación lógico-estructural, y que, fuera de esta hipótesis límite, toda norma o grupo de normas puede ser asimilada a uno o más principios y, por tanto, considerarse comunes o normales””.

Se perfila, en cierto sector de la doctrina, la posibilidad de la aplicación de la analogía, incluso en el caso de las normas excepcionales. En efecto, se ha llegado a sostener que ”si el derecho singular llega a constituir un sistema orgánico de normas que regulen toda una materia, podrá ser procedente

82

83 84

Manuel GARCÍA AMIGO, *Instituciones de Derecho Civil I, Parte* General, Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1979, 201. Manuel GARCÍA AMIGO, *op. cit.* Luigi CALAN!, *op. cit.,* 367. El autor afirma que ”es licito, por tanto, concluir que desde un punto de vista estrictamente jurídico (mejor, lógico-jurídico) no existe

ningún motivo real de incompatibilidad para la prohibición de la analogía’ *(cit.).*

Luigi CAIAM, *op. cit.,* 376.

Ni!—__

incluso la interpretación analógica para los casos no previstos expresamente pero que correspondan a la materia regulada"". Lo que pierde de vista esta doctrina es que, si este conjunto de normas excepcionales llega a ser un "todo orgánico", con sus propios fundamentos y principios, deja de ser de carácter excepcional y pasa a ser especial y, como sostiene un acreditado sector de la doctrina italiana, en este último caso es perfectamente posible la aplicación de la analogía". Es por ello que comparto plenamente la idea de que "calificar una norma regular o excepcional no es un juicio absoluto [...]. La distinción de las normas en regulares y excepcionales es histórica, en constante resurgimiento y en continua evolución en la dinámica del ordenamiento"".

Ejemplo de ello lo tenemos en materia de cláusulas generales de contratación y en el supuesto de responsabilidad civil con ocasión de *las* funciones. En efecto antes de la vigencia del Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley N° 29571 del 01.05.10, se planteaba como un problema el carácter de la relación de cláusulas vejatorias contenida en el artículo 1398 c.c", vale decir, si se trata de una disposición *numerus apertus* o *numerus clausus.* Sobre el particular, se sostenía que al tratarse el art. 1398 c.c de una excepción del art. 1354 c.c", que se refiere a la libertad de determinar el contenido del contrato, nos encontramos frente a una norma de excepción, que, en virtud de lo prescrito por el art. IV T.P del c.c, no podría aplicarse analó-

86 José PUIG BRUTAU, *op. cit.,* 24. El autor da cuenta de esta posición (sin asumirla), de la cual es

representante Manuel BATLLE VÁZQUEZ, y sostiene que hay que distinguir el derecho especial del derecho singular. Entre nosotros se sostiene que, no obstante esta posición "es conceptualmente sugerente, no resulta aplicable entre nosotros con la norma establecida [se refiere al artículo IV del Título Preliminar del Código Civil]" (Marcial RUBIO CORITA *Título Preliminar,* en *Biblioteca Para leer el Código Civil,* volumen UI, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1986, 88). Pietro PERI-INGLE-AL 11 *diritto civile nella legalitó costituzionale,* ESI, Napoli, 1991, 101. 88 Pietro

PERLINGIERI, *op. cit.* En efecto, se sostiene, con razón, que ”se podría observar cómo

toda la historia jurídica no es más que la historia de excepciones que se transforman en reglas, de novedades que se transforman en normalidades” (Luigi CALUU, *op. cit., 370).*

89 El cual establece que ”En los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de

contratación no aprobadas administrativamente, no son válidas las estipulaciones que establezcan en favor de quien las ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad; facultades de Suspender la ejecución del contrato, de rescindirlo o de resolverlo; de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones o de prorrogar o de renovar tácitamente el contrato”. 90 Que prescribe lo siguiente ”Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato,

siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo”.

263

~E

gicamente. Sin embargo, cabría la interpretación extensiva de la misma". Ya en otra sede sostuve que "cabria cuestionar [...] cuál sería verdaderamente la situación general y cuál la situación particular: ¿la contratación masiva o aquella en la cual negocian en igualdad de condiciones las partes?"n. Desde mi punto de vista, en la actualidad, no puede sostenerse que la regla es que las partes acuerden el contenido de la relación contractual: el fenómeno de la contratación en masa nos revela que este tipo contractual es el que más se presenta en la vida diaria. Por consiguiente, la relación (en este caso) regla general-acepción, que existió en algún momento histórico, ha cambiado totalmente. Prueba que no se debía *entender* el art. 1398 c.c. como un numerus *clausus* es el caso de sometimiento al arbitraje en un contrato de consumo predispuesto unilateralmente. Frente al reclamo del consumidor, el proveedor invocó la falta de competencia de la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI. Sin embargo, mediante Resolución Final 1154-2004-CPC, del 03.11.04, se precisó que:

"Si bien el texto original del artículo 1398 del Código Civil consideraba como vejatoria la estipulación de fijar cláusulas compromisorias y sometimiento a arbitraje y la Primera Disposición Modificatoria del Código Procesal Civil, mediante una modificación reductiva, suprimió este supuesto, la Comisión concuerda con la doctrina que sostiene que "si el sometimiento a arbitraje resulta de una manifestación libre, reflexiva y consciente, en el marco de un equilibrio negocial de las partes, no hay ningún inconveniente. Empero no puede descartarse la imposición de esta vía, en el caso de las CGC, para beneficio del predisponente, quien estará en aptitud de definir el tipo de arbitraje, el lugar en que se desarrollará y aún el procedimiento al que estará sometido". Esta posición está respaldada por la doctrina nacional que considera que el artículo 1398 es de tipo ejemplificativo y no taxativo.

91 En este sentido, Manuel DE LA PUENTE Y LAVALLE, *El contrato en general. Comentarios a la*

Sección Primera del Libro VII del Código Civil, Volumen XL Tomo DI, primera parte, en *Balloteca Para Leer el Código Civil,* 3• edición, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1996, 210-212. El autor propone como ejemplo el caso de que en una rlánsula general se aumentase la responsabilidad de la contraparte por Inejecución de sus obligaciones En este mismo sentido, Carlos CARDENAS QUIRÓS, Las *cláusulas generales de contratación y el control de las dáusulas abusivas,* en *lus et Ventas,* 13, Lima, 1996, 24

92 Juan ESPINOZA ESPINOZA, *Las cláusulas vejatorias en los*

contratos estipulados undatemIntente,

en *Thémis,* Revista de Derecho, segunda época, *N’* 38, Lima, 1998, 145.

264

fi

Mal

EM=I

-,

Capítulo El ordenamiento jurídico y su capacidad de respuesta

La Comisión considera que el sometimiento a arbitraje, tanto en las cláusulas generales de contratación como en los contratos de adhesión, constituyen una desproporcionada situación de ventaja del proveedor en detrimento del consumidor, debido a que —como ya se mencionó- el empleo de dicho mecanismo de solución de conflictos resulta mucho más costoso que el acceso a la jurisdicción civil ordinaria y al procedimiento administrativo ante la Comisión.

En la legislación comparada, la Directiva Comunitaria 93/13/CEE del 05.04.93, en el inciso q) del artículo 3 de su anexo, considera abusiva la cláusula que suprime u obstaculiza:

”el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular obligándose a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción de arbitraje no cubierta por disposiciones jurídicas, limitándole indebidamente los medios de prueba a su disposición o imponiéndole una carga de la prueba que, conforme a la legislación aplicable debería corresponder a la otra parte” (el subrayado es nuestro).

En efecto, en la legislación nacional, no se encuentra actuado el arbitraje de consumo y, al someter al consumidor a un arbitraje ante una Cámara, un gremio de los proveedores, o *ad hoc,* en buena cuenta, se le desampararía, por cuanto, no podría contar con éstos, dados *sus* costos ni tampoco podría acudir ante el Poder Judicial, ni ante la Comisión.

A criterio de la Comisión, no cabe argumentar que el consumidor al firmar esta cláusula, debe asumir la responsabilidad de ello, por cuanto no ha sido debidamente informado de los costos del sometimiento al arbitraje y además esta situación ”crea un falso equilibrio *(Schneingleichéit,* como afirma la doctrina alemana), una falsa bilateralidad de posibilidades en el contrato, la cual no ocurrirá en la práctica”. Además, la cláusula de sometimiento a arbitraje, ”si es impuesta en un contrato de adhesión al consumidor, esta cláusula transforma el arbitraje ’voluntario’ en compulsivo” En el caso, la materia controvertida versa sobre la presunta negativa injustificada de Mapfre a brindar la cobertura del seguro por la presentación de una solicitud falsa o maliciosa, lo cual implicaría una falta de idoneidad en el servicio brindado por la denunciada.

”Por lo expuesto, la Comisión resulta competente para analizar los

hechos materia de denuncia y determinar si existió o no una infracción a la Ley de Protección al Consumidor de parte de Mapfre”.

ME

265

Esta decisión fue confirmada por la Sala de Defensa de la Competencia,

mediante Resolución N° 0534-2005-TDC/INDECOPI, del 11.05.05,

varlán-

dose solo la medida correctiva. En doctrina, se sostiene que ”si en lugar de una institución arbitral se somete al consumidor a un arbitraje *ad hoc,* designado por la parte empresaria, evidentemente ello es abusivoo’. En efecto, imponer al consumidor a la parte adherente, un arbitraje en un contrato de adhesión significa hacerle asumir costos excesivos, frente a la posibilidad que tendría al actuar ante la Comisión de Protección al Consumidor o el fuero judicial, los cuales hacen que este quede desprotegido al no poder cubrirlos. Este caso debe hacernos reflexionar en el sentido que, más allá de la literalidad del art. 1398 c.c., el operador jurídico debe interpretar los modelos jurídicos a efectos de lograr una tutela efectiva al consumidor.

Con respecto a la responsabilidad civil con ocasión de las funciones, se sostiene que: ”la regla general en materia de responsabilidad civil es que, sobre la base del principio del `naeminen laedere, quien realiza un daño está obligado a indemnizarlo. En el artículo 1981 del Código Civil se regula una excepción a esta regla: la de la responsabilidad del principal por el hecho de los dependientes””. Por ello, se afirma ”que la actual redacción del artículo 1981 admite, respecto de la vinculación entra las tareas y el hecho del dependiente, solo una interpretación restrictiva; de tal manera que el principal solamente está obligado a reparar el daño causado por su dependiente en `ejercicio de la función’ o del encargo, no así el que realice ’abusando de la función’ o ’con ocasión de la ftuición’””.

También en otra sede sostuve que: ”mueve a comentario la pretendida relación entre el principio del *neminen laedere* (regla general) y el modelo jurídico de responsabilidad por el hecho del (órgano, representante o) dependiente (excepción). Si entendemos a la teoría de la culpa como el principio

Ricardo LORENZETFI, *Consumidores,* Rubinzal-Culzonl, Santa Fe, 2003, 277. En este mismo sentido, Claudia LIMA MARQUES, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das rria0es contratuais,* edición. Editora Revista dos Tribunais, Sáo Paulo, 2002, 887 y Claudia LIMA MARQUES, Antónlo Herman V. BENJAMIN y Bruno MIRAGEM, *Comentários no Código de Defesa do Consumidor,* Editora Revista dos Tribunais, Sáo Paulo, 2004, 635, entre otros.

Elvira MARTÍNEZ COCO, La *responsabilidad por el hecho de los dependientes,* en *Diálogo con la jurisprudencia, N°* 4, año III, Gaceta Jurídica, Lima, 1997, 117.

Elvira MARTÍNEZ COCO, *op. cit.,128-120.*

266

1 k ,

de la responsabilidad civil y a la responsabilidad objetiva como excepción a este principio, el razonamiento es impecable. Sin embargo, como precisé anteriormente ”no hay primacía de un tipo de responsabilidad sobre otro, ni relación *regla general-excepción,* sino la aplicación del modelo jurídico (cada uno con sus propios principios y características) adecuado al caso concreto”. Es por ello que no podemos considerar al art. 1969 c.c (que regula, bajo el criterio subjetivo, la obligación de resarcir por los daños causados) como una regla general frente al art. 1981 c.c: nos encontramos *frente* a dos supuestos de hecho distintos y, cada uno, con sus propias reglas. El hecho que la jurisprudencia, paulatinamente, vaya reconociendo la responsabilidad de las personas jurídicas ’con ocasión’ de las funciones de sus órganos, representantes o dependientes (aunque, a decir verdad, sin un sólido fundamento) nos muestra que las exigencias de justicia de los operadores jurídicos hacen ver más allá de la (restrictiva) interpretación gramatical del art. 1981 del c.c”96. Un ejemplo de ello lo encontrarnos en el caso de unos serenos (vigilantes) que, debido a los disturbios que generó un torero español en la conocida calle de las Pizzas en el distrito de Miraflores, se aprovecharon del hecho que lo detuvieron, para asaltarlo y matarlo, dejando el cuerpo abandonado en las inmediaciones de la playa Waildki. La conviviente *superstite* en nombre propio y en representación del hijo de ambos, interpuso una demanda indemnizatoria a la Municipalidad Distrital de Miraflores por un millón de dólares americanos, más los intereses legales, amparándose en el art 1981 c.c. El 56° Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, con Resolución N° 54, del 30.11.05, amparó parcialmente la demanda, fijando un monto de S/. 200,000.00 en beneficio del hijo, argumentando que:

”el artículo 1981 del Código Civil establece los requisitos legales especiales de la responsabilidad civil vicaria, respecto al primero de ellos, debe existir una relación resubordinación jurídica o fáctica entre los autores directos y el autor indirecto, en este sentido la Municipalidad de Miraflores alega que los serenos involucrados no tienen ningún vínculo con ella, por cuanto el día de los hechos dichos serenos venían cumpliendo con la prestación de sus servicios contractuales con la ’Asociación Civil Por el Serenazgo de Miraflores’, para ello anexa co-

96 Juan ESPINOZA ESPINOZA, *Fundamento de la responsabilidad civil de las personas jurídicas en*

la jurisprudencia peruana, en *Diálogo con la jurisprudencia,* año 6, No 19, abril, Gaceta Jurídica, lima, 2000, 131.

pías de la constitución de dicha asociación y los contratos individuales de trabajo de los serenos, que obran en autos a fojas quinientos noventa a seiscientos dieciséis; sin embargo en el estatuto de dicha asociación **a** fojas ciento sesenta y ocho se establece como uno de **sus** *fines* el de colaborar con la Municipalidad de Miraflores a prestar un servicio de serenazgo, es decir se presume que cooperará en la prestación de un servicio de serenazgo implementado y dirigido por dicha municipalidad distrital, más aún si tomamos en cuenta que en el artículo 19 de dicho estatuto se establece que el cargo de Presidente corresponde al Alcalde de Miraflores, en su calidad de máxima autoridad de dicha municipalidad, puesto que no se hace referencia a la persona que ocupa tal cargo en su condición de ciudadano ordinario; de otro lado, en la actuación de la Declaración de Parte del representante legal de la Municipalidad de Miraflores, que obra a fojas quinientos setenta y siete a quinientos ochenta y uno, este manifiesta que los vehículos de serenazgo son de propiedad de la municipalidad, igualmente manifiesta que la Tasa por Concepto de Serenazgo es cobrada por dicha municipalidad, refiriendo que esto no quiere decir que dichos fondos sean para este servicio, sino que son destinados a diversos servicios, aseveración sin ningún asidero legal por cuanto la Norma II del Título Preliminar del Texto Unico Ordenado del Código Tributario define a la Tasa como el tributo cuya obligación tiene como hecho generador la prestación efectiva del Estado de un servicio público individualizado en el contribuyente, precisando además que el rendimiento de los tributos distintos a los impuestos no debe tener un destino ajeno al de cubrir el costo de las obras o servicios que constituyen los supuestos de la obligación, todo lo cual lleva a esta judicatura a la convicción de que la Municipalidad de Miraflores prestaba el servicio de serenazgo, y que al momento de producidos los hechos reseñados lineas arriba los autores directos prestaban *sus* servicios como miembros del serenazgo bajo la dirección y órdenes de dicha municipalidad; y en lo relativo a los autores directos hayan causado el daño en ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo, de lo anteriormente glosado se tiene que los autores directos intervinieron a la víctima en su condición de serenos, transportándolo en una unidad del serenazgo de la Municipalidad de Miraflores, por lo que se acredita el cumplimiento de este requisito. Verificándose de esta forma la responsabilidad vicaria de la Municipalidad de Miraflores en el presente caso, por lo que resulta responsable solidario frente a lávíctima" (el subrayado es mío).

Estoy de acuerdo con la decisión, mas no con la totalidad del *iter* argumentativo. En efecto, si bien se impone el principio *de* primacía de le realidad frente a las formas, la municipalidad responde (no por el ejercicio, sino) con ocasión de las funciones de los serenos.

4.6.La interpretación analógica y la analogía *in (timan partem* en el

Derecho Penal

Nos encontramos frente a la interpretación analógica ”cuando una norma autoriza expresamente al intérprete para que también la aplique a supuestos semejantes, análogos a los que ella misma deja establecidos’. Doctrina nacional ha expresado que ”la interpretación analógica no entraña creación de un nuevo precepto, sino deducir uno de análoga existencia en la ley y previamente autorizado por el contexto de la norma penara.

La Constitución, en su art. 139.9, reconoce como principio dela función jurisdiccional, ”el principio de aplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos”. Una interpretación excesivamente gramatical haría entender que, en el caso de la ley penal, no cabría aplicar ningún tipo de analogía. Sin embargo, esta afirmación no es exacta. Por ejemplo, el primer párrafo del art 170 del Código Penal, modificado por la Ley N° 30076, del 18.08.13, establece lo siguiente:

”El que con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros *actos* análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años” (el subrayado *es* mío).

En este dispositivo, se está facultando expresamente al operador jurídico para que aplique la analogía respecto de este concreto supuesto de he-

97 losé PUIG BRUTAU, *op. cit.,* 341.

98 Luis BRAMONT-ARIAS, *Derecho Penal,* Parte General, edición, Urna, 1572, 156. En este mis-

mo sentido, Raúl PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho Penal. Estudio programático de la Parte General,* tomo I, Grljley, Lima, 1995, 202 y Luis Miguel BRAMONT-ARIAS TORRES, Manual *de Derecho Penal,*

Parte General, Santa Rosa, Lima, 2000, 64. El autor sostiene que ’en la interpretación analógica no se crea un nuevo supuesto, sino que se extiende *el* supuesto dado cuando lo permite la ley’:

cho": este es un caso de la denominada interpretación analógica (distinta de la aplicación analógica).

Un sector de la doctrina iusfilosófica brasileña clasifica a las sanciones, entendidas como "las formas de garantía del cumplimiento de las reglas', de dos maneras, vale decir, la sanción puede ser *premtal,* cuando otorga un beneficio (exención o disminución impositiva tributaria), o *penal* (de tipo intirnidatorio)1". Dentro de *este* orden de ideas, se llegaría a la conclusión de que la prohibición de aplicar la analogía sería en el caso de las normas que contengan una sanción penal mas no premial. Sin embargo, en materia penal, se debe distinguir las normas penales *odiosae* de aquellas normas penales consideradas *favorabiles'.* En efecto, se discute si cabe la aplicación de la analogía respecto a normas penales eximentes, o sea, a aquellas normas "que tienen la función de declarar `no punible' la realización de un hecho delictivo cuando concurran determinadas circunstancias. Vale decir, normas que prevén *causas* de exclusión de la imputabilidad penal, normas que prevén causas de exclusión del delito y normas que prevén causas de exclusión de la punibilidad en sentido estricto"303. De esta manera, solo cabría la prohibición de la aplicación de la analogía en el caso de las normas penales incriminatorias o normas penales en sentido estricto, denominadas *odiosae* o *in malam partem,* las cuales "en cuanto configuran supuestos criminales, o sea, prevén delitos y penas, sea en forma típica o sea en forma agravada'', sancionan acciones lesivas de valores y exigencias jurídico-políticos.

En el Derecho Penal, es casi' unánimemente admitida la aplicación analógica in *bonam parten, vale* decir, cuando su aplicación resulte be-

99 Este esquema se repite en los artículos 171 (violación de persona en estado de inconciencia o

en la impasibilidad de resistir), 172 (violación con persona en incapacidad de resistencia), 173 (violación sevnal de menor de catorce años de edad) del Código Penal, entre otros.

Miguel REALE, *op. cit.. 105. 101* Miguel REALE, *op. cit., 106.* 102 Luigi CAMNI, *op. cit.,* 364-365. 103 Luigi CMANI, *op. cit.,* 371. 104 Luigi CALAN', *op. tos* Como pareciera desprenderse (en sentido contrario) cuando se sostiene que "nosotros pen-

samos [...] que la ley penal debe contener en tipos claramente acuñados las acciones punibles para evitar que ninguno de los 'multiformes fenómenos de la vida' sea inadvertidamente atrapado por la pena"

(Carlos FONTAN PALESTRA, *Tratado de Derecho Penal,* tomo I, 2’ edición,

270

r

EME

r_ ,,,,.

nefidosa al sujeto". Esta es la interpretación que se infiere del art. III del T.P del c.p, que ala letra dice: "No es permitida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que les corresponde".

Un ejemplo de analogía *in bonam partem* lo encontramos en la aplicación del art. 87 c.p1' a los supuestos de semi-libertad y liberación condicional, según la cual "la prescripción de la pena discurrirá desde el día de la respectiva revocación"".

4.7. Alcances del artículo IV del Titulo Preliminar del Código Civil

Un autorizado sector de la doctrina nacional ha entendido que, en el caso de las normas que establecen excepciones y restringen derechos, no

Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, 261). Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el citado autor identifica norma penal con norma que condene la descripción de las acciones delictuosas, de las *únicas conductas incriminada? (dt., 260).* **106 Así, José** Manuel MARTINEZ-PEREDA RODIUGUEZ y Antonio ROMA VALDÉS, *Derecho Penal,*

Parte general, Bosch, Barcelona, 1999, 25; Francisco MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho Penal,* Bosch, Barcelona, 1975, 92; Santiago MM PUIG, *Introducción a las bases del Derecho Penal,* Bosch, Barcelona, 1976, 319; entre otros. En el ámbito nacional, se afirma que la interpretación amplia no debe caer en la analogía y de dame solo cabría a favor del procesado': Javier VILLA STEIN, *(Derecho Penal,* Parte General, San Marcos, Lima, 1998,140). Particular atención merece la posición de quienes afirman que la clasificación de analogía in *bonam partem (a* favor del reo) y analogía in *macan partem* (en perjuicio del reo) debe ser sustituida por la de analogía permitida y

prohibida, única que tiene trascendencia para nosotros Está *permitida* toda analogía que no fundamente delitos, penas, causas de agravación o medidas de seguridad. *Prohibida,* por el contrario, la analogía que conduzca a resultados en oposición al principio *de* legalidad' (José María RODIUGUEZDEVESA y Alfonso SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal español,* Parte General, edición,Dykinson, Madrid, 1994, 254-255). 107 El cual establece que "Se interrumpe el plazo de prescripción de la pena, quedando sin efecto el

tiempo transcurrido, por el comienzo de ejecución de la misma o por haber sido aprehendido el condenado a causa de la comisión de un nuevo delito doloso. Una vez interrumpida la prescripción, comenzará a correr de nuevo, si hay lugar a ello, corno si antes no se hubiese iniciado. En los casos de revocación de condena condicional o de la reserva del fallo condenatorio, la prescripción comienza a correr desde el día de la revocación. Sin embargo, la pena prescribe, en todo caso, en los mismos plazos de la acción penar. tos Como propone Luis E. ROY FREYRE, *Causas de extinción de la acción penal y de la pena,* **2**

edición, Grliley, Lima, 1998, 134.

a;

solo no se aplica la analogía sino, tampoco, la interpretación extensiva109. Se observa daramente que se está confundiendo uno de los mecanismos de la interpretación (analogía) con una de *sus* posibles consecuencias (interpretación extensiva). Una atenta doctrina nacional ha observado que, a propósito de este artículo, se debe tener en cuenta lo siguiente"):

I. "Cuando el artículo habla de 'ley' no debe entenderse solo las dis-

posiciones con rango de ley; sino incluso, y con mayor razón aún, las que puedan ser emitidas mediante cuerpos normativos de rango inferior, corno los decretos y resoluciones, vale decir, la ley en sentido material""'. ü. "La tradición doctrinal ha establecido los limites de la analogía

en tres supuestos: normas excepcionales, normas que restringen derechos y las que contienen sanciones. Estas últimas no están expresamente señaladas en el artículo IV, pero una breve deducción permite ver que toda norma que impone sanciones restringe derechos y, por lo tanto, las normas sancionadoras pueden ser perfectamente subsumidas en aquellas que 'restringen derechos' según el texto posifivo"1". Me permito discrepar de esta última observación, por cuanto el término *sanción* es polisémico. Como ya se advirtió, existen tanto sanciones penales como premiales y no se ve inconveniente alguno para que se aplique la analogía en las sanciones premiales. Incluso dentro de las sanciones (entendidas como aquellas que restringen derechos, que no necesariamente coinciden con las sanciones del derecho penal) también están las que se encuentran en el área del Derecho civil. Un ejemplo de este tipo de sanciones lo constituyen todas aquellas que surgen frente a supuestos de responsabilidad civil, área dentro de la cual rige el principio (al menos en la denominada responsabilidad civil extra-contractual) de atipicidad

109 José LEÓN BARANDIARAN, *Exposición de motivos y comentarios al Título Preliminar, en Código*

Civil Exposición de Motivos y Comentarios, COMISIÓN ENCARGADA DEL ESTUDIO Y REVISIÓN Da CÓDIGO CIVIL, compilada por Delia REVOREDO DE DEBAICEY, Studium, Lima, 1985, 26.

110 Marcial RUBIO CORREA, *op. cit.,* 87. 111 *Marcial* RUBIO CORREA, *op. cit.* 112 *Marcial* RUBIO CORREA, *op. cit.*

Itv

,

del ilícito, en contraposición exacta del ilícito penal, que está regido por el principio opuesto (tipicidad)' u. No se olvide que *estas* normas, si bien por un lado imponen una sanción al agresor, son de carácter satisfactorio para la víctima. En atención a ello, creo que no debería incorporarse este supuesto (de inaplicabilidad de la analogía en caso de normas que imponen sanciones) y, de ser así, debería de entenderse que solo se refiere a las normas penales *odiosae* o in *malam partem.*

5. La analogía y otros tipos de argumentación jurídica

Autorizada doctrina iusfilosófica italiana ha clasificado los siguientes tipos de argumentación, también denominados "esquemas persuasivos generales4:

5.1. Argumento a *contrario (ubí lex voluit, dixit; ubi nolult, tacuit)*

Dado un enunciado legislativo que regula una categoría de sujetos, objetos, hechos, situaciones o relaciones jurídicas, en atención al principio del tercero exduido, se descarta la aplicación de dicho enunciado a otra categoría de sujetos, objetos, hechos, situaciones o relaciones jurídicas.

Impropiamente se entiende por argumento a *contrario* el invertir la formulación del enunciado legislativo.

Este es un argumento por el cual "habiendo una norma determinada que predica una calificación normativa dada (por ejemplo: un poder, una obligación, un *status)* de un sujeto o de una clase de sujetos, a falta de una norma expresa, se debe excluir que valga (que exista, que sea válida) una norma diversa que predique la misma calificación normativa para cualquier

113 Guido ALFA, *Respotuabilita civile e danno. Lineamenti e question1.11 Minino,* Bologna, 1591, 16.

En español, en Responsabilidad civil y daño. Lineamientos y cuestiones, traducción a cura de Juan ESPINOZA ESPINOZA, Gaceta Jurídica, Lima, 2001, 27. 114 Giovanni TARELLO, *op. cit.,* 345.

otro sujeto o clase de sujetos’’’. Este argumento sirve para motivar interpretaciones *de* corte literal o restrictivo y se remonta al siglo D.C.’’’.

Se observa que, ”en particular, con relación a enunciados formulados en términos de atribuciones de libertad, derechos, poderes, el argumento a *contrario* lleva a restringir el área *de* las libertades, de los derechos y de las capacidades (extendiendo, en sentido opuesto, el área de los deberes, de las obligaciones, de las incapacidades); mientras que, en relación a enunciados formulados en términos de atribución de deberes y de obligaciones o de calificaciones de incapacidad, el argumento a *contrario* lleva a restringir el área de las libertades, de los derechos, de los poderesr

He de precisar que el argumento *a contrario* ha sido entendido, históricamente, de diversas maneras. inicialmente, bajo la influencia de un gramaticalismo desprovisto de todo tipo de lógica, se llegó a resultados insostenibles, como por ejemplo, de la lectura del artículo 102 del Código de Napoleón, que dice: ”El domicilio de todo francés es el lugar [...]”, ”se dedujo, por argumento a contrario, que los extranjeros carecían de domicilio”’”. Sin embargo, en la actualidad, se hace un uso lógico de este argumento, no obstante la advertencia de cierta doctrina nacional, que sostiene que se suele encontrar una utilización *pop* (que, en el personal, preferiría llamar *chicha)* del mismou’, vale decir, que *se* limita a ”voltear la expresión” contenida en el texto legal. Se debe tener en cuenta que ”el argumento a *contrario* es inválido cuando hay otras soluciones posibles además del texto legal y la solución

115 Giovanni TARELLO, *op. cit.,* 346. 116 Giovanni TARELLO, *op.* cit., 347. 117 Giovanni TARELLO, *op. cit.,* 349. 118 Julio César RIVERA, *Instituciones de Derecho Civil,* Parte General, *Tomo I,* Abeledo-Perrot, Bue-

nos Aires, 1992, 169.

119 ML Fernando DE TRAZEGNIES GRANDA, *El Derecho Civil y la Lógica: los argumenta a contra-*

rio, 7hérnis, segunda época, No **12,** Pontificia Universidad Católica del Perú, lima, 1988, 66. El autor afirma que esta utilización se presenta ”carente de rigor lógico y muchas veces encubriendo una falacia de razonamiento que puede llevamos por caminos equivocado? (cit.). Para este autor, el argumento *a contrario* es ”un procedimiento discursivo

conforme al cual la existencia de una norma o de una estipulación contractual en un determinado sentido excluye todos los sentidos contrarios. De esta forma, podemos concluir que, la norma establece que los peruanos tienen el derecho y la obligación de votar en las elecciones nacionales, los extranjeros (los 'no peruanos') carecen de tal derecho y no están sometidos a tal obligación" *(cit.).*

contraria’’’. En efecto, ”los *argumenta a contrarío* solo son lógicamente lícitos cuando es de aplicación el principio del *tertio* excluido. Esto quiere decir que su uso conduce a resultados necesariamente ciertos en todos los casos de proposiciones contradictori.as. También son válidos si se trata de proposiciones contrarias, siempre que se apliquen a una de ellas —de carácter general— para llegar a la otra que tiene necesariamente carácter general. En cambio, el razonamiento *contrario sensu* es sofístico cuando se aplica a proposiciones subcontrarias, es decir, cuando de una proposición particular se intenta llegar por la vía negativa a otra proposición particular: de lo particular no se puede nunca deducir *a contrario* nada, ya que, no habiendo generalidad, los terceros no quedan excluidos’.

Como ejemplo, podemos citar al art. 30 de la Constitución, el cual establece que ”son ciudadanos los peruanos mayores de dieciocho años”. *A contrario,* no son ciudadanos (peruanos) los extranjeros, ni los peruanos menores de dieciocho años. Argumento a *contrario* (en sentido *pop)* sería interpretar que, de la lectura del art. T.P del c.c, cabe aplicar la analogía para las leyes ordinarias; así como interpretar que, de la lectura del inc. 1 del art. 1971 c.c existe la obligación de resarcir los daños causados por el ejercicio irregular de un derecho.

5.2.Argumento *a simili* o analógico ***(lex** minus dixit quam voluit)*

Dado un enunciado legislativo que regula una categoría de sujetos, objetos, hechos, situaciones o relaciones jurídicas, amplía la aplicación de dicho enunciado a otra categoría de sujetos, objetos, hechos, situaciones o relaciones jurídicas similares o semejantes.

Este es un argumento por el cual, ”existiendo una norma que predica una calificación normativa determinada (por ejemplo, un poder, una obligación, un *status)* de un sujeto o de una clase de sujetos, se debe concluir que valga (que exista, que sea válida) una norma diversa que predique la misma calificación normativa de otro sujeto o clase de sujetos, que tenga con

120 Fernando DE TRAZEGNIES GRANDA, *cit.* 121 Fernando DE TRAZEGNIES GRANDA, cit., 71.

raar

el primer sujeto o con la primera clase de sujetos una semejanza o ’analogía’ asumida como relevante en orden a la identidad de la disciplina jurfdice’n.

Argumento a *simili* sería interpretar que también cabría aplicar ”el prudente arbitrio del juez” (que según el art. 585 c.c se utiliza para apreciar la mala gestión) también en el caso de la prodigalidad (regulada en el art. c.c), que —aparentemente— solo estaría delimitada por criterios cuantitativos, es decir, la dilapidación de bienes que excedan la porción disponible’23.

53•Argumento a *fortfori*

Dado un enunciado legislativo que regula una categoría de sujetos, objetos, hechos, situaciones o relaciones jurídicas, forzosamente se tiene que ampliar la aplicación de dicho enunciado a otra categoría de sujetos, objetos, hechos, situaciones o relaciones jurídicas, por una mayor razón o merecimiento.

Existen dos tipos de argumentación *a fortiori:* de mayor a menor (para enunciados permisivos) y de menor a mayor (principalmente para enunciados prohibitivos).

El argumento a *fortiori* es el argumento por el cual, ”existiendo una norma jurídica que predica una obligación u otra calificación jurídica de un sujeto o de una dase de sujetos, se debe concluir que valga (que sea válida, que exista) una norma diversa que predique la misma calificación normativa de otro sujeto o clase de sujetos que se encuentren en una situación tal de merecer, *con mayor razón* que el primer sujeto o clase de sujetos, la calificación que la norma dada otorga al primer sujeto o clase de sujetor.

Como argumento interpretativo, el argumento *a fortiori* permite motivar o fundar la propuesta de una interpretación extensiva de un enunciado normativo y debe ser distinguido del argumento. analógico”’. A propósito

122 Giovanni TARELLO, *op. cit.,* 351.

123 Sobre el particular, permítaseme remitir a Juan ESP1NOZA ESPINOZA, *La capacidad de las per-*

sonas naturales. Tutela jurídica de los sujetos débiles, Grijley, Lima, 1998, 117.

124 Giovanni TARELLO, *op.* tito 355.

125 Giovanni TARELLO, *op. cit.* El autor afirma que ’el argumento *a fortiori* no se funda sobre la

semejanza, sino sobre la *razón* o *ratio* de la norma o del enunciado normativo (según el punto

de ello, se afirma que ”justo porque se funda sobre el ’mérito’ y no sobre la ’semejanza’, no se puede decir que el argumento a *fortiori* prodn7ra resultados diversos según se aplique a enunciados formulados en términos de calificaciones de ventaja o de desventajaá ’6. Los esquemas que se presentan en el argumento a *fortiori* son los sigulentes”7:

El argumento *a minori ad maitu,* que se aplica a las calificaciones de desventaja, como por ejemplo, las prohibiciones. El argumento a *maiori ad Minus,* que se aplica a las calificaciones

de ventaja, como por ejemplo, los derechos.

Es un argumento *a fortiori* (del tipo *a minori ad maitu* permisivo) aquel en el que se interpreta que si bien, según los alcances del art. 1457 c.c., se puede realizar un contrato a favor de tercera persona, *a fortiori,* se puede celebrar un contrato a favor de un concebido, que es un sujeto de derecho privilegiado. En cambio, es un argumento a *fortiori* (del tipo a *minori ad manis* prohibitivo), el caso tan utilizado en doctrina en el que hay un aviso que prohibe que entren perros en un local abierto al público y una persona desea entrar con un tigre de bengala: evidentemente, tampoco se podrá ingresar con un animal de mayor tamaño y mucho más peligroso.

También se puede aplicar el argumento a *fortiori* en el caso de las obligaciones alimenticias entre los convivientes. En efecto, si el segundo párrafo del art. 326 c.c. establece que cabe una pensión de alimentos en beneficio del conviviente por ruptura de la unión de hecho por decisión unilateral del otro, a *fortiori* (del tipo *a minori ad matas)* se debe conduir que con mayor razón existe ese derecho durante la vigencia de dicha unión (se entiende, dentro de los requisitos establecidos en el primer párrafo del art. 326 c.c.rs.

La primera parte del art. 455 c.c. establece que ”el menor capaz de discernimiento puede aceptar donaciones, legados y herencias voluntarias

de vista que se asuma). No es necesario que la conducta a la cual se extiende el significado de enunciado sea ’semejante’ o ’análoga a aquella ala cual, sin lugar a dudas, el enunciado ya se refería, basta que la primera *merezca ’a* mayor razón’ la calificación normativa reservada a la segunda” (cit.). 126 Giovanni TARELLD, *op. Cit.* 355-356. 127 Giovanni TARELL9, *op. cit.,* 356. 128 Juan ESPINOZA ESPINOZA, La *necesaria pacificación constitucional entre la unión de*

hecho y el

matrimonio, en LEGALexpress,N° 19, Año 2, Gaceta Jurídica, Lima, julio 2002, 8.

277

siempre que sean puras y simples, sin intervención de sus padres". Inmediatamente después se expresa que "También puede ejercer derechos estrictamente personales". Aplicando el argumento a *fortiori* (del tipo *a minad ad maius),* si el sacrificio patrimonial hace que no sean válidos los actos de aceptación de liberalidades del menor con discernimiento, con mayor razón el sacrificio de sus propios derechos personales haría inválido que este realice actos personales.

El argumento a *fortiori* (del tipo a *maiori ad minus)* se traduce en la expresión "quien puede lo más, puede lo menos': Así, a propósito de la (derogada) Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 202-2001-SUNARP/SN, del 31.07.01, se ha acogido el principio de prórroga del mandato, que opera a manera de presunción, solo a efectos de la convocatoria para la elección del nuevo consejo directivo. La Resolución del Tribunal Registral N° 351-2001-ORLUTR, del 14.0101, aplicando el argumento a *fortiori* ha precisado que:

"si el presidente de la última junta directiva inscrita se encuentra legitimado para convocar a asamblea general, debe entenderse necesariamente que se encuentra también legitimado para determinar quiénes se debe convocar, esto *es,* quiénes son los asociados".

5.4.Argumento de la completitud *de* la disciplina jurídica

El argumento de la completitud presupone la existencia de una falta de enunciado legislativo, de ello se deriva la necesidad o la obligación (de tratarse de un juez, un árbitro o de un órgano decisorio) de crear el enunciado para el caso concreto.

Se trata de un argumento débil, por cuanto, necesariamente requiere de otro para su empleo.

Este argumento puede ser definido como aquel "por el cual, no pudiéndose ubicar una norma que, para un comportamiento dado o para un sujeto, adscriba una calificación normativa a dicho comportamiento, se debe concluir que, no obstante ello, valga (que sea válida, que exista) una norma que adscribe al comportamiento no regulado una calificación normativa

determinada”.’’ Sin embargo, se ha observado que este argumento, a pesar *de* su notable eficacia persuasiva es, por otro lado, un argumento de carácter subsidiario’’’.

Cuando no se encuentra un dispositivo legal expreso y las demás normas jurídicas no dan una respuesta concreta frente a un caso concreto, el operador jurídico debe cumplir con su obligación de administrar justicia. Como ejemplo se puede proponer el caso del denominado *vientre de alquiler,* en el cual una pareja contrata a una mujer para que se le implante un embrión (procreado con los gametos de dicha pareja) y lo geste durante los nueve meses propios de su crecimiento y, una vez que lo dé a luz, se lo entregue a la pareja. ¿Qué pasaría si ella no lo entrega? No pretendo poner en discusión la validez del contrato, por cuanto este sería nulo por contravenir el orden público y las buenas costumbres (art. V del T.P c.c) sino la *maternidad* de la criatura. Nuestro ordenamiento jurídico no cuenta con una norma expresa que solucione este conflicto’: el juez, basándose en el argumento de la completitud de la disciplina jurídica, podrá fallar, quizá apoyándose, como en este caso, en la legislación comparada, como la española, que establece que el parto determina la maternidad o derrepente haciendo una prueba de ADN.

Debe tenerse en cuenta que, sin embargo, el argumento de la completitud de la disciplina jurídica puede resultar peligroso, por cuanto el operador jurídico, al encontrarse frente una insuficiencia normativa, podría optar por distintos criterios basándose en su propia carga ideológica, y eso haría que nos encontremos frente a un sistema jurídico impredecible o frente a una suerte de ”lotería forense””’. Creo conveniente que este argumento debe ser -reforzado con otros que le den más solidez, consistencia y predictibilidad,

129 Giovanni TARELLO.op. *cit..* 358. 130 Giovanni TARELLO, *op. cit.,* **357.** 131 El artículo 7 de la Ley General de Salud. Ley No 26842, del 20.07.97, solo establece que ’Toda

persona tiene el derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la donación de seres humanos”. **132** Expresión usada por Cuido **ALFA.** *op. cit.,* 589.

279

NtOr~

IR”

como, en el ejemplo citado, que además, se ha de utilizar, o el argumento comparativo, que es un tipo del argumento *autoritativo,* o el naturalista como argumento de producción.

5.5.Argumento de la coherencia de la disciplina jurídica

Dados dos enunciados legislativos que regulan la misma categoría de sujetos, objetos, hechos, situaciones o relaciones jurídicas, de manera distinta, se impone la eliminación de la incoherencia o antinomia sobre la base del principio *de* jerarquía (prima el enunciado de mayor jerarquía), cronología (prima el nuevo enunciado respecto del antiguo) o de especialidad (prima el enunciado especial frente al general).

Este argumento es aquel ”por el cual, en presencia de dos normas que respectivamente predican dos calificaciones normativas incompatibles, se debe concluir que, al menos, una de las dos normas no valga (no sea válida, no exista) en vía general o no sea aplicable en el caso particular”133.

Una aplicación de este argumento la encontramos en el caso materia del Quinto Pleno Casatorio Civil (Casación No 3189-2012-Lima Norte). En esta decisión, con fecha 09.08.14, se establece como precedente vinculante lo siguiente:

1. La impugnación de todo acuerdo emitido por una Asociación Ci-

vil, persona jurídica no lucrativa, se fundamenta de manera obligatoria e insoslayable en base a lo dispuesto por el artículo 92 del Código Civil, conforme a los métodos sistemático y teleológico que permiten observar adecuadamente el principio de especialidad de la norma.

El procedimiento predeterminado por ley para la tramitación de la pretensión de impugnación *de* acuerdos de Asociación Civil, regulado en el artículo 92 del Código Civil de 1984 es en la vía abreviada y de competencia de un Juez Civil.

133 Giovanni TA1tELLO, *op.* cit.,361.

Se encuentran legitimados para impugnar el acuerdo asociativo, tal como señala el artículo 92 del Código Civil, el Asociado que asistió a la toma del acuerdo si dejó constancia de su oposición en el acta respectiva, los Asociados no concurrentes, los Asociados que fueron privados ilegítimamente de emitir **su** voto, así como el Asociado expulsado por el acuerdo impugnado.

Los legitimados antes precisados no pueden interponer Indistintamente pretensiones que cuestionen los acuerdos asociativos, sustentados en el Libro II del Código Civil u otras normas, fuera del plazo previsto en el artículo 92 del citado cuerpo normativo; solo y únicamente pueden Impugnar los acuerdos de la Asociación Civil en base al citado artículo 92 que regula la pretensión de impugnación de acuerdos de asociación.

Toda pretensión impugnatoria de acuerdos de Asociación Civil debe realizarse dentro de los plazos de caducidad regulados en el artículo 92 del Código Civil, esto es:

- Hasta 60 días a partir de la fecha del acuerdo. - Hasta 30 días a partir de la fecha de inscripción del acuerdo. El Juez que califica una demanda de Impugnación de acuerdos asociativos, fundamentados *en* el Libro II del Código Civil u otra norma que pretenda cuestionar la validez del acuerdo, puede adecuar ésta, de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, siempre y cuando, conforme al petitorio y fundamentos de hecho, se cumplan los requisitos previstos en el artículo 92 del Código Civil; sin embargo si los plazos previstos en la norma acotada se encuentran vencidos ello no podrá realiiarse de ninguna manera, dado que se ha incurrido en manifiesta falta de interés para obrar de la parte demandante, conforme a lo previsto en el numeral 02 del artículo 427 del Código Procesal Civil, al interponerse la demanda fuera del plazo establecido en la normativa vigente, lo cual es insubsanable, correspondiendo la declaración de improcedencia de la demanda incoada.

Frente a la aparente contradicción del art. 92 c.c. con el art. V del Titulo Preliminar, el art. 219.8 c.c., o 219.1 c.c. (falta de manifestación de voluntad) o 219.5 cc. (fin Ilícito), se impone la aplicación del principio de especialidad

(lex specialis derogat legi generali), mediante el cual la disposición especial, es decir, aquella que fija un plazo preciso para Impugnar los acuerdos que violen las disposiciones legales o estatutarias (en este caso, 60 días), se impone frente a normas de carácter general, como las ya citadas.

El criterio de especialidad es ”una técnica de composición de antinomias que se aplica en presencia de una antinomia entre dos normas -contiguas, congéneres, o al menos homogéneas- que tienen entre sí una relación de regla y excepción’’’. En efecto, la regla es que el plazo para interponer una demanda de nulidad, establecido por el art. 2001, (inc. 1, 5, 8) c.c., es de lo años. Ahora bien, la excepción está en el plazo establecido en el art. 92 c.c., ya que se debe tener presente que el medio por el cual se cuestiona la validez (en este caso, del acuerdo) es la impugnación.

En este orden de ideas, se comparte plenamente que ”en presencia de dos normas que tengan entre si una relación de regla y excepción, ninguna de las dos normas es abrogada o inválida, ambas son válidas y vigentes; pero el campo de aplicación de la regla debe considerarse circunscrito por obra de la excepción”135. En consecuencia, en este caso, prevalece el plazo establecido por el art. 92 c.c. Si se interpreta la prevalencia del art. 2001 incs. 1, 5,8) c.c., entonces, lo prescrito en el art. 92 c.c. sería superfluo136.

5.6.Argumento psicológico (o recurso a la voluntad del legislador concreto)

Dado un enunciado legislativo que regula una categoría de sujetos, objetos, hechos, situaciones o relaciones jurídicas, este debe ser interpretado en atención a la voluntad del legislador *(mens legis).*

134 RIccardo GUASTINI, *Teoría e dogmatica delle fonti,* Giuffré, Milano, 1998, 226. 135 Riccardo GUAST1NI, *op. cit.,* 237. 136 Por ello se sostiene que ”derivar el mecanismo expresamente señalado por el Código Civil (art.

92, impugnación de acuerdos) hacia la pretensión de nulidad del o de los actos jurídicos que emanan de los acuerdos adoptados en cualquiera de los órganos de la asociación, es tergiversar el sentido de las normas, condenar al desuso el artículo 92 y condenar ala inseguridad jurídica la existencia de la asociación” (Juan MORALES GODO, *¿Nulidad de acto jurídico o impugnación de acuerdos de los órganos de una asociación?, Diálogo con la Jurisprudencia, N° 190, a,*

50).

282

.7)

Se trata de un argumento débil, dado su carácter marcadamente subjetivo.

Este argumento es aquel por el cual ”a todo enunciado normativo debe ser atribuido el significado que corresponde a la voluntad del emisor o autor del enunciado, es decir, del legislador en concreto, del legislador histórico””’ Este argumento es fuertemente criticado por las siguientes consideraciones:

1. Está condicionado por la adhesión a la ideología de la fidelidad a la

ley por parte del juez’. ii. Por su propia naturaleza, el argumento es más eficaz si se utiliza en

el tiempo en el cual el enunciado es emitido19, no así cuando hay ima gran distancia de tiempo entre la aplicación del enunciado y la manifestación de la *mees legis.* iii. Este argumento puede ser utilizado con éxito solo si la voluntad

normativa del autor del documento subsiste efectivamentewt iv. Privilegiar el argumento psicológico promueve la Inmovilidad de

la aplicación normatbram.

Por todos estos motivos, se sostiene que ese argumento ”es hoy, en nuestra cultura, utilizado menos de cuanto haya sido usado en el pasado y prevalentemente en la legislación especiar’.

Un ejemplo del argumento psicológico lo encontramos en la atribución de derechos patrimoniales a favor del concebido, regulado en el art 1 c.c. En efecto, el autor de la propuesta legislativa, en su exposición de motivos, sostiene que dicha atribución está sometida a condición resolutoriai”, cuando, en realidad, haciendo una interpretación lógico-sistemá-

137 138 139 140

141 142 143

Giovanni TARELLO, *op.* cit., 364. Giovanni TARELLO, *op. cit.,* 366 Giovanni TARELLO, *op. cit.* Giovanni TARELLO, *op. cit.,* quien afirma que «esto no sucede, según algunos, cuando el iter y los procedimientos de formación de los documentos legislativos son muy

complejos y participan muchas personas en diversos y sucesivos momentos” *(cit.).*

Giovanni TARELLO, *op. cit.,* 367. Giovanni TARELLO, *op. cit.* Así, cuando se sostiene que ’existe un conjunto de derechos de índole patrimonial que sí están sometidos a condición resolutoria” (Carlos FERNÁNDEZ qinSAREGO, Exposición *de motivos* y

tica (del art. 1 con los arts. 805, 856 y 598 c.c.1"), se llegará a la conclusión de que la atribución de derechos patrimoniales a favor del concebido está condicionada a que nazca vivo. Es en atención a este ejemplo que sostengo que el argumento psicológico no debe ser privilegiado frente a argumentaciones de tipo objetivo.

5.7. Argumento histórico (o presunción *de* continuidad o hipótesis del legislador conservador)

Dado un enunciado legislativo nuevo que regula una categoría de sujetos, objetos, hechos, situaciones o relaciones jurídicas, en atención al criterio de continuidad histórica, este debe ser interpretado de la misma manera en la cual se interpretaba el enunciado legislativo que lo antecedía.

Debido a las constantes transformaciones, típicas de la sociedad, este argumento es débil. Por ello se propone el empleo del argumento de la evolución histórica, en el cual se tiene en cuenta, no los antecedentes del enunciado legislativo, sino el entorno actual en el cual debe ser aplicado.

Este es un argumento por el cual, "dado un enunciado normativo, a falta de indicación contraria expresa, se le debe atribuir el mismo significado normativo que tradicionalmente era atribuido al precedente y existente enunciado normativo que disciplinaba la misma materia en la misma organización jurídica o el mismo significado normativo contenido en un documento arquetípico de otra organización'''.

No participo de la idea de que el operador jurídico deba verse "atrapado" dentro de un modelo interpretativo prefijado, máxime si corresponde a otra realidad histórica o cultural. Este argumento es el que se utilizó para

comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano. Derecho de las personas, en *Código Civil. Exposición de motivos y comentarios, cit. ,30).*

144 Ello fué advertido en mis *Derecho de las personas,* ?edición, Editorial andina, Lima. 2001.46

y 52-53.

145 Giovanni TARELLO, *op. cit.,* 368.

interpretar el art. 402 c.c., cuando fue promulgado este texto legislativo. En efecto, se entendía que el elenco de supuestos de filiación extra-matrimonial era un *numerus clausus* (al igual que eran entendidos los supuestos regulados en el art. 366 del c.c. de 1936). Con la irrupción de la prueba del ADN, la jurisprudencia entendió que estos supuestos debían ser interpretados como un *numerus apertus,* criterio que llegó a regularse posteriormente con la Ley N. 27048, del 06.01.99.

Sin embargo, en algunos casos, el tener en cuenta los precedentes legislativos, tanto nacionales como extranjeros, aunado a otro tipo de argumentación, puede servir para realizar una adecuada labor interpretativa.

Un ejemplo lo podemos tener en materia de fundaciones a propósito de la oportunidad para revocar el acto constitutivo, regulado en el art. 102 c.c. En efecto, este artículo establece que una vez inscrita la fundación es irrevocable el acto de constitución. El problema se suscita cuando nos encontramos frente al supuesto de la fundación no inscrita (regulada en los arts. 127, 128 y 129 cc.). Si nos remontamos al Código Civil italiano, que ha sido (junto con la doctrina y la jurisprudencia de ese país) la fuente inspiradora del Libro de Personas de nuestro Código Civil, observaremos que el art 15 de aquel texto legal prescribe también el supuesto de irrevocabilidad cuando ”el fundador no haya hecho iniciar la actividad de la obra dispuesta por él’: Evidentemente, el argumento histórico debe ser complementado con otros criterios que le den consistencia, como sería, en este caso, el argumento *teleológico* y el autoritativo.

Se observa que ”hoy, con el decaimiento de los estudios jurídicos e histórico-jurídicos, [el argumento histórico] está destinado a perder fuerza: lo que es probablemente un mal, porque este argumento — usado dentro de límites particulares— constituye un freno a interpretaciones ilógicas y extrañas” 46

146 Giovanni TARELLO, *op. cit.,* 369.

5.8.Argumento *abductivo (o apagógico,'* o *ab absurdo,* o *reductio absurdum* o hipótesis del legislador razonable)

Dado un enunciado legislativo que regula una categoría *de* sujetos, objetos, hechos, situaciones o relaciones jurídicas, es in imperativo excluir las interpretaciones absurdas.

Es un argumento débil, por cuanto la calificación de lo "absurdo" es sumamente relativa.

Este argumento es aquel por el cual "se debe excluir la interpretación de un enunciado normativo que de lugar a una "norma absurda''. Este argumento debe ser utilizado conjuntamente con otros argumentos jurídicos, como el teleológico o el equitativo'. Sin embargó, se trata de un argumento frágil y equívoco, por cuanto la noción de absurdo es relativa, mutable y, sobre todo, subjetiva'".

Un ejemplo puede encontrarse en el caso de la responsabilidad civil de los declarados incapaces con discernimiento, por cuanto, en ciertos supuestos de hecho, responsabilizar solidariamente al representante legal resulta una solución injusta, irracional, inadecuada y absurda. En efecto, el art 1975 c.c. llega al exceso de responsabilizar (solidariamente) a los representantes legales de todos los incapaces con discernimiento, incluyendo al pródigo, al

147 En el texto en italiano se utiliza la palabra *apagógico* (que deriva de *apagogia)* y autorizada doc-

trina filosófica argentina la traduce como *abductivo* o *reductivo a lo absurda* Así, se afirma que el término griego *apané* significa "o la reducción *de* las figuras del silogismo ala primera figura o la expresión abreviada para las pruebas *ab absurdum y ad impassibilf* (José FERRATER MORA, voz *abducción, en Diccionario de Filosofía,* tomo I, 5' edidón, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1065, 28). Es el último sentido el que 'se está utilizando en este tipo *de* argumentación jurídica. También se le traduce como *reducción,* entendido como el "método de prueba indirecta llamado a veces razonamiento *apagógico* y con más frecuencia reducción a lo absurdo y reducción a lo imposible (...J. En este último caso, se *trata de* un método indirecto de demostración que prueba la verdad de una proposición por la imposibilidad *de* aceptar las consecuencias que se derivan de su contradictoria" (José FERRATER MORA, voz *reducción, en Diccionario de Filosofía,* tomo II, *cit., 541).* Para Augusto SALAZAR BONDY, es

apagógico el ’’razonamiento que consiste en probar una tesis estableciendo que su negación conduce a una contradicción” *(Breve vocabulario filosófico,* Editorial Universo, Lima, 1967, 15).

148 Giovanni TAREI10, *op. cit.* 149 Giovanni TARELLO, *op. cit.* 150 Giovanni TARELLO, *op. cit., 370.*

mal gestor y al que lleva anexa la inhabilitación civil, en los cuales el discernimiento no ha sido la causa para la declaración de incapacidad. El supuesto de los ebrios habituales, los toxicómanos, los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años, los retardados mentales y los que adolecen de deterioro mental debería ser visto caso por caso. Ello resulta de suma importancia, por cuanto la responsabilidad del representante legal es objetiva y el legislador no ha debido ser tan severo en el primer grupo de supuestos. Para el pródigo y el mal gestor, el representante debe ser responsable de los actos de disposición patrimonial de los mismos; ello se ve reforzado con una interpretación sistemática del art. 591 c.c.15'. Para el que lleva anexa la inhabilitación civil, el representante es responsable por la protección que merece la persona y su familia, debido a la limitación de su derecho a la libre circulación. Resulta totalmente disuasivo responsabilizar de una manera tan a este tipo de representantes legales. Es por ello que se impone una interpretación *ad excludendum* de algunos supuestos que (aparentemente) podrían entenderse dentro de los alcances del art 1975 c.c. En efecto, el ámbito de representación del curador es para los actos de disposición patrimonial que excedan la mera administración: no se ve cómo se puede extender su responsabilidad respecto de actos en los cuales este no tiene una posibilidad objetiva de control.

5.9. Argumento teleológico (o hipótesis del legislador provisto de fines)

Dado un enunciado legislativo que regula una categoría de sujetos, objetos, hechos, situaciones o relaciones jurídicas, este debe ser interpretado en atención a los fines o razones por los cuales fue creado (rallo *legis).* Los fines pueden encontrarse explícitamente en el texto del enunciado legislativo o se pueden inferir del mismo.

Este argumento es aquel por el cual• "a un enunciado normativo debe atribuirse el significado que corresponde al fin propio de la ley de la cual el enunciado es documento. Este argumento no debe confundirse con el psicológico que impone el recurso a la voluntad del legislador concreto: quien usa

151 El cual establece que 'el pródigo, el mal gestor, el ebrio habitual y el toxicómano no pueden liti-

gar ni practicar actos que no sean de mera administración de su patrimonio, sin asentimiento especial del curador:

,rr;r′>,

el argumento teleológico, reconstruye los fines `de la ley' (o 'del legislador', pero en este caso se trata de una entidad abstracta) a partir del texto de la ley o por una clasificación de los fines o de los intereses que el derecho protege, en vez de documentos preparatorios (como las sesiones de comisión), concebidos como indicios de voluntad de un individuo o de una asamblea entendida en sentido concreto"I".

Los fines de las *leyes* pueden aparecer en sus textos de manera explícita o implícita. En el apartado 2 del art. V del Titulo Preliminar del Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley No 29571, del 01.09.10, se define el principio pro consumidor de la siguiente manera:

"En cualquier campo de su actuación, el Estado ejerce una acción tuitiva a favor de los consumidores. En proyección de este principio en caso de duda insalvable en el sentido de las normas o cuando exista duda en los alcances *de* los contratos por adhesión y los celebrados en base a cláusulas generales de contratación, debe interpretarse en sentido más favorable al consumidor" (el subrayado es mío).

En verdad, no se entiende la alusión a la "duda insalvable; por cuanto la interpretación pro consumidor (establecida explícitamente) tiene que darse en cualquier situación: la primera norma que tiene que interpretarse en sentido favorable al consumidor es, justa y paradójicamente, ésta.

5.10. Argumento económico (hipótesis del legislador no redundante)

Dados dos enunciados legislativos que regulan la misma categoría de sujetos, objetos, hechos, situaciones o relaciones jurídicas, de la misma forma, se impone la eliminación de la redundancia sobre la base del principio de jerarquía (prima el enunciado de mayor jerarquía), de prioridad en el tiempo (se prefiere a la ley anterior que a la posterior) o de absorción (el enunciado que cubre más supuestos absorbe al que tiene menos).

152 Giovanni TAFIELLO, *loc. cit.*

.:: ﷺ.

r

.;:;;

Capítulo V El ordenamiento Jurídico y su capacidad de respuesta

Este argumento es aquel por el cual ”se excluye la atribución a un enunciado normativo de un significado que ya es atribuido a otro enunciado normativo, preexistente al primero o jerárquicamente superior al primero o más general que el primero, y ello porque si la atribución de significado no fuese excluida, se encontrarla frente a un enunciado normativo superfluo ’s1

Estas reglas (salvo el criterio de jerarquía, que es igual) van en sentido exactamente opuesto al argumento de la coherencia. Así•

Si dos enunciados legislativos que son redundantes tienen la mis-

ma categoría, se preferirá al que cronológicamente fue el primero. ii. Si de los dos enunciados legislativos que son redundantes, uno tie-

ne un alcance más amplio y comprende al segundo, se preferirá al primero, porque lo incluye.

Como ejemplo, propongo las redundancias existentes entre los arts. VII T.P. c.p.c.’54 y VII T.P. c.c.155; así como de los arts. 219.1 c.c.156 y 687.3 c.c.157: los primeros, al tener un mayor alcance que los segundos, absorben a éstos. Ello va en concordancia con el art. I T.P. c.c. en la parte que establece que la derogación tácita se configura cuando la materia de una ley es íntegramente regulada por otra.

Otro ejemplo lo podemos encontrar en los arts. 458 y 1975 c.c. En el primero, se establece que el menor con discernimiento es responsable civilmente si ocasiona daños; mientras que el art. 1975 c.c prescribe - además de ello- que existe responsabilidad solidaria entre representante y el incapaz con discernimiento por los daños que este último cause. Qué duda cabe que el art. 1975 cc. absorbe al art. 458 cc. y, por consiguiente, este último deviene superfluo.

”3 154

155

156 157

Giovanni TARELLO, *op.* cit., 371.

El cual establece que: ”El Juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes: Que norma lo siguiente: ”Los jueces tienen la obligación de aplicar la norma jurídica pertinente, aunque no haya sido Invocada en la demanda».

Que regula que el acto jurídico es nulo ”por falta de manifestación de voluntad’: Que prescribe que son incapaces para otorgar testamento: ”Los que carecen, en el momento de testar, por cualquier causa, aunque sea transitoria, de la lucidez mental y de la libertad necesarias para el otorgamiento de este *acto”.*

5.11. Argumento autoritativo (o ***ab exemplo)***

Dado un enunciado legislativo que regula una categoría de sujetos, objetos, hechos, situaciones o relaciones jurídicas, este debe ser interpretado en atención a los criterios de autoridad (doctrina, legisladón o jurisprudencia comparada, entre otros).

Este argumento es aquel por el cual ”a un enunciado normativo se le atribuye el significado que le ha sido atribuido por alguien solo por este hecho. Se trata del argumento que invita a atenerse a precedentes aplicación-producto o interpretación-producto, vale decir, a la praxis aplicativa consistente en el producto de la interpretación oficial o judicial o a la interpretación de la doctrina”’”

El argumento comparativo (cuando no se identifica con el argumento histórico) puede ser considerado un subtipo del argumento *autoritativo.* Este argumento es aquel ”que sirve para acreditar la atribución a un enunciado legislativo de aquel significado normativo que, se asume, constituye el significado de enunciados normativos (o de otros documentos-fuente) de un ordenamiento jurídico diverso. Este ordenamiento jurídico diverso es considerado como ’autoridad’’’.

El argumento *autoritativo* se puede referir tanto a un precedente (judicial o administrativo) como a afirmaciones doctrinarias.

Un ejemplo de argumento *autoritativo,* basado en opiniones doctrinales, lo encontramos en la interpretación que se le da al art. 661160, que se refiere a la responsabilidad del heredero. El autor del proyecto entendió que este tipo de responsabilidad *es intra vires hereditatis,* vale decir, solo hasta donde alcance la masa patrimonial heredada161, criterio que ha sido seguido

158 Giovanni TARELLO, op. *cit.,* 371 159 Giovanni TARELLO, *op. cit.,* 375. 160 El cual establece que ”el heredero responde de las deudas y cargas de la herencia solo hasta don-

de alcancen los bienes de esta. Incumbe al heredero la prueba del exceso, salvo cuando exista inventario judicial”.

161 Se afirmó que ’no se exige, pues, la obligatoriedad del inventario, y eso no Impide al heredero,

si así lo desea, emplearlo como prueba más fehaciente” (Rómulo LANAITA GUILHat, *Texto exposición de motivos y comentarios del*

Libro de Sucesiones del Código Civil, en COMISIÓN EN-

290

,1y

por otro sector *de* la doctrina'. Sin embargo, *se* cuenta con otra doctrina que opina que la responsabilidad del heredero es *ultra vires hereditatis163.* Esto demuestra que, en el caso de este tipo de argumentos jurídicos, la fuerza persuasiva no solo debe depender de la autoridad *per se de* la afirmación doctrinaria sino del argumento que, a su vez, utiliza dicha doctrina.

5.12. Argumento sistemático (o hipótesis del derecho ordenado)

Dado un enunciado legislativo que regula una categoría de sujetos, objetos, hechos, situaciones o relaciones jurídicas, este debe ser interpretado en atención a los criterios del sistema dentro del cual se encuentra. Ello forzosamente excluye una interpretación aislada del texto.

Se debe entender como sistema al conjunto de conceptos, reglas y principios que rigen un determinado ordenamiento jurídico.

CARGADA DEL ESTUDIO Y REVISIÓN DEL CÓDIGO CIVIL, *Código Civil, Exposición De Motivos y Comentarios,* Tomo Iv, compilada por Delia REVOREDO DE DEBAKEY, Studium, I ima 1985, 13). 162 Augusto FERRERO COSTA, *Derecho de Sucesiones, en Tratado de Derecho Civil,* Tomo V, volu-

men **1,** Universidad de Lima, 1994, 172.

163 Así, se afirma que 'entiendo que —motivos o intenciones aparte— un examen orgánico de las

situaciones obliga a llegar a la conclusión de que nuestro ordenamiento no consagra un sistema de responsabilidad limitada, sino uno de responsabilidad limitable solo si se cumplen ciertos presupuestos. **O,** dicho con otras palabras, conceptúo que la regla es que el heredero responde *ilimitadamente* por las obligaciones, porque las hereda. Pero si no quiere responder por ellas sino solo hasta el monto del activo relicto, puede, silo desea, limitar su tezpunsabilidad solo y si prueba que el monto de las obligaciones —no las deudas, como imperfectamente reza el 661— supera el activo, salvo que previamente haya hecho inventario jucllciaL Planteada la figura de otra manera, puede entonces decirse que la regla es la responsabilidad *ultra vires,* pero que, como consecuencia del Inventario judicial o invocado que sea el beneficio del mismo al aceptar la herencia o acreditado el exceso del pasivo en los casos de aceptación presunta (arL 673 del cc), la responsabilidad queda limitada **a** los bienes y derechos, convirtiéndose

en iszyunsabilidad *Entra vires.* Esto es que cuando hay inventario solo responden por las deudas los activos Inventariados, salvo que los acreedores probaron la existencia de bienes adicionales" (Guillermo LOHMM'IN LUCA DE TENA, *Derecho de Sucksiones, en Biblioteca Para leer el Código Civil,* Volumen XVII, tomo 1, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1995, 89-90). El autor considera que, de sostenerse la tesis contraria, perdería sentido 'el derecho de deliberación para aceptar la herencia con beneficio de inventarlo *(op. cit., 92), así como ^devertdrian* en inútiles las normas de aceptación y repudio de la herencia' *(op. cit., 93).*

Este argumento es aquel por el cual ”a un enunciado normativo o a un conjunto de enunciados normativos (entendido que entre ellos hay una vinculación a efectos de la interpretación ’sistemática’) se debe atribuir el significado prescrito, o no se debe atribuir el significado prohibido, por el ’sistema jurídico’”164. Como se ha observado atentamente, este argumento no explica nada si no es que previamente se determina la noción de sistema jurídico. Por ello, dentro del argumento sistemático, se encuentran una serie de argumentos ”que tienen en común poco más que el nombre”, a saber:

5.12.1. Argumento topográfico (o de la sedes materiae)

Dentro de este contexto, se entiende como sistema a la disposición de los enunciados normativos que ha sido diseñada por el legislador, con lo cual este argumento se asocia estrechamente con el argumento psicológico165.

5.12.2. Argumento de la constancia terminológica

Aquí, se entiende por sistema al conjunto de los conceptos que el legislador utiliza, y eso supone una correspondencia exacta entre conceptos normativos y términos enunciados. Esta concepción parte del modelo irreal del buen legislador, que en la actualidad no goza del mejor crédito’.

5.12.3. Argumento sistemático-conceptualista o dogmático

Según esta acepción de sistema, ”a los enunciados normativos se les debe atribuir significados que están sugeridos por el sistema de los ’conceptos’ y de los ’principios’ del derecho’’167.

Con razón, se afirma que ”dado que las elaboraciones conceptuales son, a menudo, muchas y, en algunos casos, contradictorias, *este* argumento —considerado fuerte— es, en realidad, débil y requiere a menudo del soporte de otros argumentos, sea aquellos de la familia sistemática (es decir,

164 Giovanni TARELLO, *op. cit.,* 376. 165 Giovanni TARELLO, *op. cit.* 166 Giovanni TARELLO, *op. cit.,* 377. 167 Giovanni TARELLO, *op. cit.*

aquel de la *sedes materiae y* aquel de la constancia terminológica), sea aquellos diversos, como, en particular, el argumento *autoritativo"1".*

Un ejemplo de la aplicación de este argumento lo encontramos en materia de **supuestos de ruptura del nexo causal** en la (denominada) responsabilidad extracontractual. En efecto, el art. 1972 c.c admite que, "en los casos del artículo 1970 (vale decir, por ser titular de un bien o por ejercer una actividad, de alto riesgo o peligrosos)", son supuestos de ruptura del nexo causal el caso fortuito, la fuerza mayor, el hecho de un tercero y el hecho de la propia víctima. Sin embargo, existen otros supuestos de responsabilidad objetiva, como es el caso del art. 1975 c.c (por ser representante legal del denominado incapaz con discernimiento), el art. 1976 c.c (por ser representante del denominado incapaz sin discernimiento), el art. 1980 c.c (por ser dueño de un edificio), el art. 1981 c.c (por tener a una persona en calidad de subordinado), entre otros. En estos casos, aplicando el argumento sistemático, se debe entender que dentro *de* cualquier tipo de responsabilidad objetiva se puede presentar la configuración de supuestos de ruptura del nexo causal. En efecto, al ser el nexo causal uno de los elementos constitutivos de los supuestos que se encuentran dentro del sistema de responsabilidad civil extracontractual objetiva no puede dejarse de admitir (para todos los supuestos) la ruptura de dicho nexo causal. En el particular caso del art. 1979 c.c (responsabilidad objetiva por ser dueño de un animal), debido a que solo se especifica el supuesto del hecho de un tercero, el argumento sistemático va acompañado del argumento de **coherencia de la disciplina jurídica.**

5.13. El argumento naturalista (o de la naturaleza de las cosas, o hipótesis

del legislador impotente)

Dado un enunciado legislativo que regula una categoría de sujetos, objetos, hechos, situaciones o relaciones jurídicas, este debe ser interpretado en atención a los criterios de la naturaleza de las *cosas.* Dicho en otras palabras, consiste en explicar problemas jurídicos con argumentos no jurídicos (como la economía, sociología, biología, entre otros).

168 G iovanni TA1tELLO, *op. cit., 378.*

Se trata de un argumento dual, por cuanto puede ser empleado como un argumento de producción (falta el enunciado legislativo) como de interpretación (existiendo el enunciado legislativo, se le quiere dar un alcance diverso).

Este argumento no nace como argumento interpretativo sino como argumento productivo y, como tal, ”se funda en concepciones del derecho por las cuales las relaciones sociales encuentran en sí mismas, en su naturaleza, en la naturaleza del hombre, en la naturaleza de las cosas, su propia disciplina t69. Dentro de esta corriente, se encuentran tanto el iusnaturalismo como el positivismo, en las cuales se percibe (en realidad) un voluntarismo jurídico en el que ”el derecho es una disciplina que no proviene de una naturaleza preconstituida, sino de una voluntad (sea de una voluntad divina o de una voluntad humana)””.

Como argumento interpretativo, el argumento naturalista: ”es aquel que sirve para motivar y proponer combinaciones de enunciados normativos y atribuciones de significados a los mismos, tales de revisar, en las normas expresadas por los enunciados a disposición, las normas que se uniforman —o, por lo menos, que no están en desacuerdo— con la [concepción] de la ’naturaleza’: naturaleza del hombre, naturaleza de las relaciones disciplinadas, etc”171.

Se evidencia que, en los usos modernos de este argumento, se encuentra la ”superposición a los enunciados normativos de un razonamiento propio de una ciencia descriptiva’’, como sería el caso del análisis económico del Derecho. Como ejemplo, al nivel de responsabilidad civil, propondría el criterio del *cheapest (or easiest) cosí avoider* [”el agente (actividad o sujeto) capaz de evitar el coste de la forma más fácil o económica”r, por el

169 Giovanni TARELLO, *op. cit.* 170 Giovanni TARELLO, *op.* 171 Giovanni TARELLO, *op. cit.,* 379. 172 Giovanni TARELLO, *op. cit.,* 380. 173 Guldo GAIABRESL *El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad*

civil, traducido por Joaquín BISBAL MENDES, Ariel, Barcelona, 1984, 334. El autor menciona que MAMAN emplea una terminología distinta para este mismo criterio, que es lo que él denomina *’la* parte que tiene la mayor ventaja *relativa en la* producción de seguridad o en la

FA

rata

cual, responde del daño quien pueda reducir los costos que se ocasionan «de la forma más económica posible (a largo plazo) estableciendo los cambios apropiados y, al mismo tiempo, [tratando de] evitar los costes de transacción innecesarios'''. Se trata de una suerte de *policy's* o política de derecho, en la cual los operadores jurídicos (jueces, principalmente) hacen asumir las consecuencias económicas de los daños a quienes les va a resultar más fácil *(aisles°* o barato *(cheapest)* enfrentarlas: no por el hecho exclusivo de que sean económicamente más fuertes *(deep pocket)1 j6* o de que, basados en el principio *de* responsabilidad de la empresa, puedan fraccionar los daños de los siniestros, *sea* recurriendo al seguro privado o porque "se hallan en condiciones de transferir [los daños] a los adquirientes de sus productos o a los factores empleados en la producción de los mismos (trabajo y capital inclusive)"ln. Este principio implica que: " la búsqueda del sujeto capaz de evitar los costes de los accidentes de la forma más económica es la búsqueda de aquella actividad que puede disponer, más rápidamente, de una sustitutiva que ofrezca un máximo de seguridad; la búsqueda, por tanto, de aquella alteración o reducción de la actividad que disminuya el coste primario de modo más económico. Esta operación exige, necesariamente, confrontar no solo las actividades entre sí, sino también las diversas subcategorías de las mismas, porque es muy probable que la solución óptima se halle en la alteración o en la eliminación de una subcategoría"1".

Se podría proponer como ejemplo del caso de la responsabilidad civil con ocasión de las funciones, vale decir, la responsabilidad civil que asume

reducción de los daños *(the party that has the greatest comparative advantage in producingsafety or injury reduction)» (cit.).* 174 Guido CALABRESI, *op. cit.,* 148. 175 Que está constituida por una serie de principios no explícitos o encubiertos, que son manifesta-

ciones de una determinada política de derecho (así, Guido ALEA, *I principi genemli, en Trattato di diritto privato,* a cura de Giovanni IUDICA y Paolo ZATTI, Giuffré, Milano, 1993,444. 176 El criterio del *cheapest (or easiest) cost avoider* no debe ser confundido con el del *deep porket*

(buena bolsa), según el cual "el coste secundario de los accidentes se podría reducir mucho si se Imputaran las pérdidas a aquellos grupos sociales que están mejor protegidos contra las consecuencias sociales y económicas que se derivarían del hecho de tener que soportarlas, es decir, si se imputaran las pérdidas a quienes normalmente designamos

corno ’ricos’ (Guido CALABRESI, *op. cit.,* 56).

177 Guido CALABRESI, *op. cit.,* 66. 178 Guido CALABRESI, *op. cit., 165.*

el principal por el daño que realiza un tercero (como podría ser el caso de un dependiente) por una actividad que, aunque siendo totalmente ajena al ejercido de sus funciones, no se hubiera producido si no se encontrase en esa situación *(de* ahí por qué se le llama *con ocasión),* es el caso de un *service,* que es contratado para pintar la fachada de un edificio y uno de sus pintores, que se encontraba en el andamio del cuarto piso, ingrese por la ventana de un departamento del edificio adyacente y robe objetos de valor.

En este supuesto, si bien es cierto que el principal podría argumentar que los alcances del art. 1981 c.c solo lo responsabilizan por los daños que el dependiente origina *"en* ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo" (vale decir, en el ejercido de sus funciones), aplicando el argumento naturalista, basado en el criterio del *cheapest cosí avoider,* propio del análisis económico del Derecho, se debería ensanchar el alcance del art 1981 del c.c, por cuanto, entre la víctima y el principal, es este último quien se encontraba en una posición más ventajosa para evitar los daños. Aunque soy consciente de que me aparto del argumento naturalista, a la misma solución se podría llegar entendiendo que la responsabilidad del principal (en posición que no comparto) fuese subjetiva.. este respondería por culpa in *eligendo* y culpa *in vigilando.* Incluso', bajo la óptica (que comparto) de considerar este tipo de responsabilidad como objetiva, también el principal estaría en la obligación de resarcir, por cuanto si se beneficia económicamente con la actividad realizada a través de un tercero, debe asumir los costos que origine los daños del mismo (criterio del riesgo-beneficio)179.

El argumento naturalista puede ser empleado como argumento de producción (cuando no hay enunciado legislativo) o como argumento de interpretación (cuando sí existe un enunciado legislativo que va a ser interpretativo). Con el ejemplo propuesto se evidencia que este argumento, necesariamente, tiene que ser reforzado con otros.

179 Sobre el tema, permitaseme remitir a Juan ESPINOZA. ESPINOZA, *La responsabilidad civil de*

la persona jurídica con ocasión de las funciones de sus órganos, representantes y dependientes, Gaceta Jurídica, tomo 79-B, junto, Lima, 2000, 21 y *ss.;* así como *Responsabilidad civil de la persona jurídica por calificara un árbitro de fútbol como scaradum y sinvergüenza,* en *Colección jurisprudencia, Zeus,* año XXVIII, No 6665, tomo 85,25.04.01, Rosario, 2 y ss.

514. Argumento equitativo

Dado un enunciado legislativo que regula una categoría de sujetos, objetos, hechos, situaciones o relaciones jurídicas, *este* debe ser interpretado en atención al criterio de justicia del caso concreto.

Por medio de este argumento, "la equidad sirve para acreditar, entre diversas interpretaciones posibles y culturalmente tolerables, aquella que está menos en conflicto contra las ideas, que el juez comparte con la sociedad, sobre el 'buen' resultado de la aplicación del derecho en el caso concreto. El argumento equitativo sirve para evitar interpretaciones y aplicaciones consideradas como 'inicuas'''. En realidad, el argumento equitativo (que no implica un juicio de equidad sino un juicio de derecho) *es* bastante débil, por cuanto se *basa* en los criterios que puede tener una sociedad y ello presenta no pocos conflictos en sociedades que, como la nuestra, son pluric-ulturales1".

La equidad ha sido considerada por un sector de la doctrina iusfilosófica argentina, en el ámbito de la interpretación judicial, no como la justicia del caso singular, sino como "lo singular del acto de justicia"182. Al nivel del Código Civil peruano, la remisión a la equidad se ha dado en no pocas oportunidades. Así, tenemos que el juez debe recurrir a la equidad cuando debe cuantificar un daño que no pudiera ser probado en su monto preciso (art 1332 c.c), cuando la víctima no ha podido obtener reparación por parte del representante legal (obligado al resarcimiento en virtud del art. 1976 c.c) y cuando un incapaz sin discernimiento le haya causado daños (art. 1977 c.c.), entre otros supuestos. Nótese que no se debe entender que fijar indemnizaciones equitativas consiste en determinar *quanta* mínimos o reducidos sino, más bien, en fijar indemnizaciones justas que no generen un sacrificio económico para el agente dañado183.

180 Giovanni TAFIELLO, *op. cit.,* 381. 181 Giovanni TARELLO, *op.* cit. 182 Carlos COSSIO, *op. cit., 71.* 183 En este sentido, para el supuesto del arl 1977 cc, Fernando DE TRAZEGNIES GRANDA, *res-*

ponsabilidad extracontractual, en Biblioteca Para leer el Código Civil, volumen IV, tomo I, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1988, 418.

Un caso: frente a una demanda que se interpone con fecha 13.11.87, por indemnización por atropello y muerte del esposo, la viuda-demandante solicitó la cantidad de seis millones de intis. Acreditada la responsabilidad, el juez de primera instancia, con resolución del 14.08.90, decide que, establecido el daño:

"la responsabilidad que alcanza a los demandados, debe fijarse una indemnización prudente, considerando que la víctima ha dejado viuda y dos menores hijos infantes quienes no solo sufren el daño moral sino material al encontrarse desprotegidos por el padre, que el tiempo transcurrido entre la interposición de la demanda y la expedición de la sentencia ha hecho devenir la suma solicitada en mínima" (el subrayado es mío).

No obstante estas humanitarias consideraciones, se arriba a la contradictoria conclusión

"que sin embargo y pese a lo señalado el Juez no puede fijar una suma mayor a la solicitada, puesto que estaría incurriendo en ultra-petita"

De tal manera se fijó la indemnización en seis millones de intis. Por suerte, la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Lima (aunque en discordia), con resolución del 04.10.91, confirmando la sentencia de primera instancia revocó el monto de la indemnización y fijó la cantidad de siete mil dólares americanos o su equivalente en soles en moneda nacionaL El órgano colegiado afirmó que:

"los culpables no pueden ser beneficiados con un pago diminuto de seis millones señalados en la sentencia, que no repara una vida y por el contrario se crea desconfianza en el Poder Judicial; que, es necesario evitar este descrédito, recurriendo a la Constitución que nos prescribe cuando existen vacíos o defectos de la ley deben aplicarse los principios generales del derecho; que el legislador no previó los efectos de la devaluación en el pago de las obligaciones, al efecto es un principio ordenar el pago de una indemnización que repare en algo el daño, incluso los gastos del funeral; así se desprende del artículo mil trescientos treinta y dos del Código civil cuando dice si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez "con

- TC ,„..

,

valoración equitativa"; esta ley supera y deroga cualquier ley procesal que se oponga o Impida hacer justicia" (el subrayado es mío).

En verdad, resulta gratificante constatar que hay operadores jurídicos sensibles a este problema y que apliquen la equidad: es una pena que no se pueda decir lo mismo del fallo de primera instancia y del voto discordante de la Sala.

5.15. Argumento a partir de los principios generales (o *analogía itnis)*

Dado un enunciado legislativo que regula una categoría de sujetos, objetos, hechos, situaciones o relaciones jurídicas, este debe ser interpretado en atención a los principios del derecho (modelos crípticos o sumarios que provienen de las normas jurídicas, valores, doctrina o de los mismos criterios de la sociedad).

Se trata de un argumento dual, por cuanto puede ser empleado como un argumento de producci¿n (falta el enunciado legislativo) como de interpretación (existiendo el enunciado legislativo, se le quiere dar un alcance diverso).

Este es considerado un argumento de tipo dual: "argumento productivo, en cuanto utilizado para colmar las denominadas 'lagunas' del derecho, y argumento interpretativo, en cuanto utilizado para decidir atribuir, o para motivar la atribución, o para proponer atribuir, significados a enunciados normativos"184. La doctrina que vengo citando se muestra un tanto escéptica (y con cierta dosis de desencanto) cuando afirma que: "el recurso a los principios de la organización política del Estado hoy no significa otra cosa que el recurso a los enunciados de la Constitución en el atribuir significado a enunciados normativos infra-constitucionales y, con ello, no se realiza el recurso a los 'principios generales', sino simplemente a una de las técnicas vinculadas en la atribución de significados.

184 Giovanni TARELLO, *op cit., 382.*

En suma, el argumento a partir de los principios generales es un esquema **vacío, que sirve para cubrir, de vez en cuando,** operaciones dispares (lamentablemente **bajo el escudo de la mención** del Título Preliminar)"1",

Tanto la Constitución como el Código Civil regulan la aplicación de **principios generales en determinados supuestos: así, tenemos el** principio **de la irretroactividad *de* la ley (art. 103, 2° párrafo de la Constitución y** art. **III T.P c.c), el principio del abuso de derecho (art. 103, 4° párrafo de la** Constitución **y art. II T.P c.c.), el principio de inaplicabilidad de analogía en la ley penal y normas que restrinjan derechos (art. 139.8 de la Constitución y art. IV T.P cc), el principio de buena fe en el contrato (art. 1362 c.c), entre otros.**

Finalmente, si **se pretende clasificar estos argumentos, se consideran** *argumentos jurídicos,* **al argumento equitativo, al argumento sistemático-dogmático y el argumento de los principios generales; así como** *argumentos no jurídicos a* **los restantes'86. Son argumentos lógicos, el argumento a** *contrario,* **el argumento a *sim di,* el argumento a** *fortiori,* **el argumento de la coherencia y el argumento de la completitud del sistema jurídico; así como** *argumentos no lógicos* **todos los demás'''. Son** *argumentos incompletos* **aquellos que: ''no** solo *pueden,* **sino** *deben* **ser usados en** asociación con otros argumentos para llegar a ser completos. Se **trata del argumento analógico (el cual debe estar acompañado de otro argumento que justifique la** *ratio* **de la analogía), del argumento** *a fortiori* **(el cual debe estar acompañado de otro argumento que justifique la escala del 'mayor' y del 'menor' mérito), del argumento de la coherencia (que requiere la compañía de otro argumento relativo al modo de obtener** la coherencia) y el argumento de la **completitud (que requiere la**

185 Giovanni TARELLO, *op. cit.,* 385. El autor afirma que los fraseos de *'principios* generales' que

se encuentran en largos períodos de jurisprudencia entre el ochocientos y el novecientos en nuestro pais [Italia] son fraseos en términos *de favorpor* alguna cosa, que se encuentran o se encontraban bien enraizado en precisas disposiciones particulares (y no son 'generales' por ello) de ley: el 'favor para la conservación del negocio y del contrato, el 'favor' para la legitimidad del acto, el 'favor' para el deudor, el 'favor' para la masa de acreedores y el 'favor' para el

trabajador subordinado son ejemplos de ello. Tanto que podría decirse que los ’principios generales’ y el relativo argumento, tan apreciados en el papel, no fueron utilizados en la práctica en absoluto’ *(cit.,* 384-385).

Giovanni TARELLO, *op. cit.,* 389. Giovanni TARELLO, *op. cit.,* 392.

compañía de otro argumento que funcione a manera de sugerencia de cierre o de sugerencia de integración)"1".

Los demás son *argumentos completos.* Son argumentos proclives al cambio jurídico, el argumento equitativo, el argumento a partir de los principios generales, el argumento naturalista, el argumento a *contrario,* el argumento psicológico y el argumento económico. Los demás son *argumentos tendencialtnentp conservadores"9.*

6. La aplicación de la analogía por la jurisprudencia nacional

La facultad expropiatoria que la Constitución reconoce al Estado' debe ser entendida como una norma de carácter excepcional y, por lo tanto, no cabe aplicar la analogía. Así lo determinó la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, con resolución de fecha 11.11.91 (Expediente 1671-91/ Arequipa)". Asimismo, la Sala de Casación de la Corte Suprema, mediante resolución del 09.07.97 (Casación N° 592-96), expresó lo siguiente:

"Que teniendo naturaleza jurídica sancionatoria el último párrafo del artículo doscientos tres del Código Procesal Civil", su interpretación debe ser restrictiva al supuesto previsto en la norma legal acotada de

188 Giovanni TARELLO, *op.* cit. 394. 189 Giovanni TARELLO, *op. dt.,* 395. 190 En la época, estaba vigente la Constitución de 1929, cuyo artículo 125 establecía que la pro-

piedad es inviolable. El Estado la garantiza. A nadie puede privarse de la *suya* sino por causa de necesidad y utilidad públicas o de interés social, declarada conforme a ley y previo pago de dinero e indemnización justipreciada.

La ley establece las normas de procedimiento, valorización, caducidad y abandono.

En la expropiación por causa de guerra, de calamidad pública, para reforma agraria o remodelación de centros poblados o para aprovechar fuentes de energía, el pago de la indemnización justipreciada puede hacerse en efectivo por armadas o en bonos de aceptación obligatoria y libre disposición, redimibles forzosamente en dinero. En tales casos, la ley señala el monto de la emisión, plazos adecuados de pago, Intereses reajustables periódicamente, así como la parte *de* la Indemnización

que debe pagarse necesariamente en dinero y en forma previa:

191 En Alberto HINOSTROZA MINGUEZ, *jurisprudencia Civil,* tomo IV, FECAT, Lima, 1998, 20.

192 El cual establece que: ”si a la audiencia concurre una de las partes, esta se realizará solo con ella.

SI no concurren ambas partes, el juez fijará nueva fecha para su realización. Si en la nueva fecha tampoco concurren, el Juez *dará* por concluido el proceso:

acuerdo al principio establecido en el artículo IV del Título Preliminar del Código Civir193.

6.1. ¿Puede aplicarse el artículo IV del Título Preliminar para Interpretar

las cláusulas de un estatuto?

Es de público conocimiento, en el ámbito forense, lb sucedido en el caso de Minera Yanacocha S.A. a propósito de la interpretación del artículo undécimo de su estatuto'. En efecto, dicho numeral establecía cuatro excepciones en donde no operaba el derecho de preferencia, entre las cuales se encontraba el supuesto de "transferencia por reorganización *de* las sociedades tenedoras de las mismas (acciones) a favor de otras sociedades controladas por los mismos accionistas o socios':

El problema se suscitó, no por el hecho que se transfirieran acciones de Yanacocha sino porque se transfirieron acciones de una de las sociedarits titulares de las acciones de Yanacocha. En efecto, el punto de discusión se centró en determinar si se aplicaba o no el derecho de preferencia de las otras sociedades titulares de las acciones de Yanacocha. En primera instancia, el Quinto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, con resolución de fecha 02.07.96, Expediente 944-94-A (300-96RC), interpreta esta disposición afirmando que:

"solo por excepción se establecen cuatro casos en que se permite la transferencia de acciones sin aplicación del derecho de preferencia, siendo los tres primeros referidos a personas naturales y el cuarto por causas de reorganización de las sociedades tenedoras de las mismas acciones a favor de otras sociedades controladas por los mismos accionistas o socios, esto es que cuando una sociedad tenedora de acciones de Yanacocha es reorganizada y, por esta causa, transfiere total o parcialmente sus acciones a otra sociedad, no se aplica el derecho de preferencia y [se aplica] solo si la nueva sociedad está controlada por los mismos accionistas o socios, ello porque se supone que el propietario

193 ASOCL1C1ON NO HAY DERECHO, *El Código Civil a través de la jurisprudencia casatoria,* tomo

II, Ediciones Legales, Lima, 2008, 28.

194 La complejidad de *este* caso comprende una *serie* de temas. Solo me voy a ocupar del relativo a

la Interpretación del artículo 11 del estatuto de Yanacocha.

302

sigue siendo el mismo. Si la reorganización supone una transferencia a sociedades no controlada por los mismos socios, ya no funciona la excepción y sí se aplica el derecho de preferencia".

Y agrega que:

"del referido pacto medular se concluye que opera el derecho de preferencia a favor de los demás accionistas en caso se reorganice la sociedad tenedora de las acciones *de* Yanacocha (Mine Or) a favor de otra sociedad cuando esta no es controlada por los mismos accionistas o socios, sin que se exija o se requiera que los bienes que se transfieran sean las acciones de Yanacocha. Ello permite afirmar que la común intención de los grupos constituyentes de Yanacocha fue que el derecho de preferencia se active no solo con la decisión de transferir a terceros las acciones de una empresa accionista de Yanacocha, en tanto ello importe o genere transferir el control, situación que se da en este caso de autos al estar entendida esa intención de privatizar los activos del BRGM, la que se encuentra prevista en la parte final del artículo once del estatuto que señala textualmente que 'el derecho de preferencia resultará de aplicación en los casos de aporte de las acciones a sociedades que no sean controladas por el accionista preferente o sus socios en caso de ser este persona jurídica'" (el subrayado es mío).

En segunda instancia, la Octava Sala Civil de la Corte Superior de Lima, con resolución del 14.01.97, con tres vocales a favor' (dentro de los cuales hubo un voto singular de la vocal Aranda Rodríguez) y una vocal en contra, se interpretó que:

"el derecho de preferencia pactado en el artículo undécimo del Estatuto de la Minera Yanacocha no puede ser analizado solo en la forma literal, sino teniendo en cuenta el contexto dentro del cual se pactó, procurando descubrir la real intención de quienes celebraron el acuerdo como elemento histórico del mismo, para así llegar a encontrar el sentido exacto del acuerdo al que llegaron las partes, evaluando la abundante prueba instrumental que para este objeto han aportado las partes" (el subrayado es mío).

195 Que eran los vocales Gonzáles Campos, Aguirre Salinas y Aranda Rodríguez.

Juan Espinoza *Espinoza 1Introducción al Derecho privado*

Resulta interesante la alusión que se hace al concepto *de* grupo econ6rnico (que no se define) como elemento a tenerse en cuenta para la aplicación prevista en el artículo 11 del estatuto de Yanacocha, observando que:

"solo en este concepto tiene aplicación la excepción prevista. El mismo dispositivo establece la procedencia del derecho de preferencia a favor de los demás socios en caso de reorganización de *las* sociedades tenedoras de las acciones de Minera Yanacocha, en cuyo supuesto, sin transferirse formalmente las acciones de Minera Yanacocha, se transfirió el control de aquella a favor de otra empresa no controlada por el socio transferente; [...] es del caso precisar que esta última estipulación se desprende de una interpretación 'contrario sensude la norma estatutaria —lo que resulta válido dado que la regla general es la existencia del derecho de preferencia— que señala que 'no existe derecho *de preferencia* en caso de reorganización *de* las sociedades tenedoras de las mismas **a** favor de otras sociedades controladas por los mismos accionistas o socios' de donde *se* deduce que sí existe preferencia en caso se reorganice la sociedad tenedora de acciones — MINE S.A.— a favor de otra sociedad no controlada por el mismo accionista, como ha sucedido en el caso de autos; que a mayor abundamiento, la norma estatutaria no exige como requisito para la procedencia de la preferencia, el que como consecuencia de la reorganización se transfieran las acciones de Yanacocha, por cuanto su contenido es más extenso, pues basta que se produzca la reorganización de la sociedad tenedora de las acciones a favor de otra no controlada por el mismo accionista, con prescindencia que se produzca o no una transferencia formal de las acciones de Yanacocha. Esta interpretación se sustenta, no solo en la Interpretación literal del propio estatuto, sino también en la intención de *sus* socios de mantener la titularidad de las acciones dentro de los mismos grupos que forman Yanacocha" (el subrayado *es* mío).

En el séptimo considerando, el órgano colegiado advierte, además, que "los funcionarios del BRGM procedieron sin buena fe". En sentido contrario, la vocal Encinas Llanos, amparándosie en el articulo 115 de la Ley General de Sociedades derogada196 (y vigente en ese entonces), sostuvo que:

196 El cual establecía lo siguiente: "La transmisión de las acciones nominativas debe ser comunica-

da por escrito a la sociedad y anotada por esta en el libro de registro.

-

las limitaciones a la libre transmibilidad de la acción solo serán válidas frente a la sociedad cuando estén expresamente impuestas por los estatutos y dentro de los presupuestos expresamente pactados [...I Que no cabe la interpretación sobre la interpretación de las partes cuando ello no fluye **de** lo expresamente pactado (...j Que del acuerdo marca y de sus modificaciones no **se** establece la transferencia *de* la titularidad de las acciones de Yanacocha; estas siguen perteneciendo a *Mine* Or [...] Que, en consecuencia, la cláusula de preferencia solo se activa cuando exista una venta o transferencia directa de las acciones, que en el taso de autos no ha sucedido, pues se llega al convencimiento de que solo se ha pactado la cláusula de preferencia por la transferencia de las acciones de la Compañía Minera Yanacocha y no por la modificación accionaria de los tenedores de las acciones de esta':

La vocal Aranda Rodríguez, en su voto singular, afirmó que•.

«debe destacarse que todo proceso de reorganización tiene un período de vigencia en el tiempo, que en el presente caso ha concluido con la transferencia de los activos de Mine-Or al grupo Normandy Poseidón,

Las limitaciones a la libre transmisibllidad de la acción son válidas para la sociedad cuando estén expresamente Impuestas por el estatuto y solo en el caso de acciones nominativas.

En ningún caso, las limitaciones pueden significar la prohibición de transmitir acciones'.

El artículo 101 de la Ley General de Sociedades vigente, Ley W 26887, establece que 'Lar limitaciones ala transferencia, al gravamen o a la afectación de acciones no pueden significar la prohibición absoluta de transferir, gravar o afectar. Las limitaciones ala libre transmisibilidad de las acciones son de observancia obligatoria para la sociedad cuando estén contempladas en el pacto social, en el estatuto ose originen en convenios entre accionistas o entre accionistas y terceros, que hayan sido notificados a la sociedad. Las limitaciones se anotarán en la matrícula de acciones yen el respectivo certificada

Cuando así lo establezca el pacto social o el estatuto o lo convenga el

titular de las acciones correspondientes, es válida la prohibición temporal de transferir, gravar u otra manera afectar acciones. Igualmente es válida la prohibición temporal de transferir, gravar o afectar acciones, adoptada mediante acuerdo de la junta general, en cuyo caso solo alcaliza a las acciones de quienes han votado a favor del acuerdo, debiendo en el mismo acto separarse dichas acciones en una o más clases, sin que rijan en este caso los requisitos de la ley o del estatuto para la modificación del estatuto. La prohibición debe ser por plazo determinado o determinable y no podrá exceder *de* diez años prorrogables antes del vencimiento por períodos no mayores. Los términos y condiciones de la prohibición temporal deben ser anotados en la matricula de acciones y en los certificados, anotaciones *en* cuenta o en el documento que evidencia la titularidad de la respectiva acción.'

305

como se aprecia del Acuerdo Marco de fecha veintiuno de setiembre de mil novecientos noventa y cuatro, obrante a fojas mil cincuenta *y seis* ***del*** tomo E, aprobado tácitamente por el gobierno francés; que es necesario precisar que, para la activación de la cláusula de preferencia, basta que se inicie el proceso de reorganización de la sociedad accionista en el que se aprecia que se materializará la pérdida de control. Consecuentemente, resulta de aplicación el artículo once de los Estatutos de la Compañía Minera Yanacocha, que prevé, en interpretación contrario sensu, el caso ***de*** reorganización ***de*** las sociedades tenedoras ton la consiguiente pérdida de control […] Que debe señalarse además que, si bien el artículo once de los estatutos establece también que 'el accionista que se proponga transferir sus acciones deberá comunicarlo por escrito a la sociedad […]', sin embargo, esta disposición no puede interpretarse en forma aislada, sosteniendo que únicamente se refiere a la transmisión de acciones de Minera Yanacocha Sociedad Anónima, por cuanto, si aceptamos esta posición, se estaría excluyendo la excepción pactada a la libre transmisibilidad de las acciones por reorganización y pérdida de control mencionado en el considerando anterior".

La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, mediante resolución del 03.06.98 (Casación N" 461-97), expresó lo siguiente:

"Que la interpretación contrario sensu no está prohibida por el artículo cuarto del Título Preliminar del Código Civil y además es una herramienta de hermenéutica jurídica distinta de la analogía, pues la primera supone la existencia de una norma, mientras que se recurre a la segunda como mecanismo de integración ante el defecto o deficiencia de la ley;

[…] Que, a mayor abundamiento, la acotada norma de derecho material prohibe la analogía respecto de leyes y no a normas estatutarias"197.

Por otro lado, *en* el mismo caso, tres vocales emiten otra resolución en contra, en la cual establecen que:

197 ASOCIACIÓN NO HAY DERECHO. *op. cit.,* 3. Esta resolución fue firmada por los vocales Buen-

&a, Ortiz Vásquez y Balean.

•

••ar

”La analogía consiste en la aplicación de una norma jurídica a un caso que, no hallándose comprendido en la letra de la ley, presenta una afinidad jurídica esencial con aquel que la ley contempla y se traduce en el aforismo ’ubi eadem legis ratio, ibi eadem dispositio’ y facilita la resolución adecuada de casos que el legislador no ha previsto o no ha querido indicar para no caer en excesos de la casuística, y es diferente de la Interpretación extensiva, ya que esta atribuye a la ley el más amplio radio de acción posible, desde luego dentro de su sentido propio, de tal manera que no se da la interpretación extensiva por analogía que se quiere denunciar (sic)”198.

Para un comentario más ordenado, individualizaré los temas que pretendo desarrollar:

1. Si cabe aplicar los artículos de interpretación de normas jurídicas

para la interpretación de los estatutos; ii. Si la interpretación al artículo estatutario fue correcta; 11 Qué otro argumento interpretativo hubiera sido recomendable

utilizar.

6.2.51 cabe aplicar los artículos de interpretación de normas jurídicas

para la interpretación *de* los estatutos

El objeto de la interpretación jurídica no son las normas jurídicas. En realidad, el intérprete trabaja con dispositivos legales y documentos (entre estos, como ejemplo, los contratos y los estatutos) y, a través de ellos, llega a las normas jurídicas. En atención a ello, los argumentos interpretativos pueden ser utilizados tanto en los dispositivos legales como en documentos. Así, los dispositivos legales referidos a la interpretación de leyes pueden aplicarse, en línea de principio, también a documentos legales, como a un estatuto. Incluso, así no se hubiera aplicado el artículo W del Título Preliminar del Código Civil, la *ratio* del mismo, que establece la inadmisibilidad de la analogía en las situaciones que establecen excepciones, no es más que un tipo de argumentación jurídica a partir de los principios (denominados generales); argumentación que, en mi opinión, resulta menos persuasiva que la

198 ASOCIACIÓN NO HAY DERECHO. *op. cit.,* 44. Esta resolución fue firmada por los vocales Une-

llo, Sánchez Palacios y Echevarría.

307

/:,H:

_’t

interpretación que se hizo, basándose en la argumentación teleológica (que, dicho sea de paso, los vocales la confunden con una argumentación psicológica). Ello resulta de suma relevancia, por cuanto es causal de casación la inaplicación o aplicación indebida o la interpretación errónea de normas de derecho material: esto quiere decir que puede llegar a casación (dentro de la terminología del Código Procesal Civil) un problema de interpretación (o aplicación) de una norma de derecho material en la interpretación de un

negocio jurídico'6.3.Si la interpretación al articulo estatutario fue correcta

El argumento que se utilizó, aun admitiendo (en posición que no comparto) la no aplicabilidad del artículo del Título Preliminar del Código Civil en el estatuto, a efectos de eludir su interpretación como un supuesto de excepción,.fue la de interpretar a *contrario* su significado, vale decir, deduciendo "que sí existe preferencia en caso se reorganice la sociedad tenedora de acciones". Para entender el itinerario lógico del razonamiento de los vocales, individualizaré las premisas correspondientes:

— La premiga mayor es que las sociedades accionistas de Yanacocha

tienen derecho de preferencia. — La premisa menor es la excepción contenida en el artículo 11 del

estatuto, que establece que no cabe el derecho de preferencia en el supuesto de "transferencia por reorganización de las socleda-

199 Sobre el particular se escribe lo siguientc 'En principio, no se debería admitir el control de la in-

terpretación de los contratos en sede de casación, pues esta actividad está íntimamente ligada a los hechos del caso concreto. Mi opinión es que se debe privilegiar la función uniformadora del recurso, frente a la justicia del caso concreto, y que la apertura del recurso a cuestiones fácticas es una práctica peligrosa por el momento, pues aún no existe en el foro una cultura de casación debidamente interiorizada. Frente a un acto singular, es muy dificil separar la cuestión de hecho a la de derecho. Ante la mínima posibilidad de confusión, debe rechazarse el caso.

Sin embargo, coincido con la posición doctrinaria que admite cierto control cuando en las sentencias

se hacen afirmaciones de carácter general que, con prescindencia de la base fáctica del caso concreto, puedan ser de aplicación a otros casos similares o cuando aparece claramente del facturo establecido por el Juez de mérito, que este ha sido subsumido dentro *de* una categoría contractual que no le corresponde" (Ricardo PUCCIO SALA, *Interpretación de los contratos en vía casatoria, en Revista peruana de jurisprudencia, N°* 6„ año 3, Normas Legales, 'frujillo, Agosto 2001,84-85).

des tenedoras de las mismas [acciones] a favor de otras sociedades controladas por los mismos accionistas o socios". — La premisa menor que se obtiene de la interpretación a *contrario*

es "que sí existe preferencia en caso se reorganice la sociedad tenedora de acciones".

Si bien es cierto que se puede aplicar el argumento a *contrario* partiendo de una premisa menor para llegar a una premisa mayor (como se vio en la misma interpretación del artículo del Título Preliminar del Código Civil, de la cual se desprende que sí se puede aplicar la analogía en las normas de carácter general) o de una premisa mayor a otra mayor (como el ejemplo que, de la interpretación del artículo 1971.1, se desprende que existe responsabilidad civil en el caso de ejercicio irregular de un derecho), no cabe efectuar una interpretación a *contrario* de una premisa menor a otra, máxime cuando la primera premisa es de carácter excepcional, por cuanto el carácter de la premisa que se obtiene no es excluyente.

6.4.Qué otro argumento interpretativo hubiera sido recomendable utilizar

Aun compartiendo la decisión de los vocales de la mayoría, discrepo del argumento interpretativo utilizado. En mi opinión, se trata de un fraude a través de la persona jurídica. Vuelvo al itinerario lógico a recorrerse para sustentar mi punto de vista:

— La premisa mayor es que las sociedades accionistas de Yanacocha

tienen derecho de preferencia. — La premisa menor es la excepción contenida en el artículo 11 del

estatuto, que establece que no cabe el derecho de preferencia en el supuesto de 'transferencia por reorganización de las sociedades tenedoras de las mismas [acciones] a favor de otras sociedades controladas por los mismos accionistas o socios". — Lo que se produjo fue una reorganización de una sociedad tenedo-

ra de las acciones de Yanacocha, en la cual, si bien no se transfirieron sus acciones, tuvo como efecto que la composición accionaria de dicha sociedad diera como resultado que otra sociedad participe en su control. En efecto, no se transmitieron las acciones de Yanacocha sino las de la sociedad titular de Yanacocha.

Lejos de una argumentación a *contrario,* prefiero una argumentación *a* partir de principios jurídicos. En atención a ello, observo que se ha configurado un (denominado) fraude a la ley, en el cual, amparándose en una norma de cobertura, se burlan los efectos *de* una norma imperativa (denominada norma defraudada). Así, la norma defraudada *es* la que se encuentra en el artículo 115 de la Ley General de Sociedades derogada (y el 101 de la actual), sobre la cual se basa el artículo 11 del estatuto. La norma de cobertura es el artículo 78 del Código Civil, que reconoce la autonomía formal de la persona jurídica respecto de la de *sus* integrantes.

Repito que, desde mi punto de vista, la actividad interpretativa se hace respecto de documentos y dispositivos legales para llegar a las normas jurídicas. Desde mi opinión, no cabría objetar que el artículo 11 del estatuto, al no ser una norma jurídica, no calificaría para ser una norma defraudada su naturaleza es la de ser una norma de conducta entre las partes, que se basa en una norma de carácter imperativo, por cuanto su incumplimiento acarrea la sanción de la aplicación del derecho de preferencia para los otros accionistas. No se olvide que el actual artículo 101 de la Ley General de Sociedades establece que ”las limitaciones a la libre transmisibilidad de las acciones son de observancia obligatoria para la sociedad cuando estén contempladas en el pacto social, en el estatuto o se originen en convenios entre accionistas o entre accionistas y terceros que hayan sido notificados a la sociedad”.

Los alcances del art 78 c.c. fueron discutidos por los vocales de la Corte Suprema, quienes elaboraron su propia interpretación en los siguientes tér-

miraos:

`que el verdadero sentido de la acotada norma de derecho material se ilumina a partir de su texto Integro, del cual se concluye que da existencia formal a la persona jurídica en vinculación con los aspectos patrimoniales a que el precepto alude f...] que en el presente caso no está en debate la responsabilidad patrimonial de las demandadas sino la declaración de un derecho de preferencia, por lo que la norma reclamada no es pertinente y, además, en atención a los fundamentos de la impugnada, aun cuando la norma de derecho material citada se aplicara al caso sobre la base de la equivocada interpretación propuesta por las recurrentes, ello en nada afectaría la decisión, puesto que es un hecho probado no susceptible de modificación en vía casatoria que las

C

sl“.•

ras

.:v.:.. N.H,-,...71\,:.,... ..-..

—irmiman_____

Capítulo El ordenamiento jurídico y su capacidad de respuesta

acciones objeto de transferencia son de Minera **Yanacocha Sociedad** Anónima y no de Mine Or Sociedad

Sorprende que los vocales sean tan elásticos en la interpretación de ciertos supuestos y tan literales en la interpretación del art. 78 c.c.. **Este artículo,** aparte de reconocer el principio de autonomía patrimonial **perfecta de la** persona jurídica, reconoce el de autonomía jurídica de la misma con respecto de sus integrantes, sobre el cual se *basa* el primer principio. Aun admitiendo que solo se refiera a las relaciones patrimoniales, llama de nuevo la atención que se excluya dentro de las mismas el derecho de preferencia y, pecando de decir lo evidente (pero, creo necesario), se trata de un derecho patrimonial, del cual (también) deriva responsabilidad patrimonial.

En mi opinión, a través de la cobertura del art 78 c.c. (que regula la autonomía subjetiva de la persona jurídica) se ha pretendido eludir los alcances del artículo 11 del estatuto de Yanacocha. Compartiendo la argumentación teleológica de los vocales, la intención de las partes era la de no hacer intervenir más personas en la titularidad de las acciones de Yanacocha, intención que se pretendió burlar a través del escudo de la autonomía subjetiva de uno de los titulares de Yanacocha. Lejos de pretender hacer el estatuto por las partes, lo que se busca es (en caso de conflicto) darle la interpretación razonable, sistemática y (sobre todo) justa. No se olvide que en la segunda instancia se hizo alusión a una actuación de mala fe200. Creo que esta hubiera sido una valiosa oportunidad para aplicar el principio de abuso de la personalidad jurídica (a través de la modalidad de fraude a la ley).

200 Y aquí sirven, para una aplicación del principio de buena fe, el art. 168 cc, que prescribe que

”el acto jurídico debe *ser* Interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fetiyel art. 1362 cc, el cual establece que ’los contratos deben negociarse, celebrarse y

ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes’: